

**Director**

Oswaldo Gómez Leo

**Directores ejecutivos**

Daniel Alonso  
Ma. Valentina Aicega  
Sebastián Balbín  
Juan José Méndez

**Consejo de redacción**

Ariel Á. Dasso  
Mario A. Carregal  
Julio Conte-Grand  
Rafael M. Manóvil  
Pablo D. Heredia  
Julio C. Otaegui  
Guillermo Ragazzi  
Héctor J. Miguens

**Colaboradores**

Facundo Biagosch  
Lorena Fabris  
Cristina M. R. Hofkamp  
Liuba Lencova  
Estanislao Ortiz  
Miguel Romero  
Ignacio Strasser  
Lucía Vilar



UNIVERSIDAD  
**AUSTRAL**

**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA ARGENTINA  
DE DERECHO EMPRESARIO**

**AÑO 2014 – NÚMERO 14**

**Oswaldo Gómez Leo**

Director



**EDITORES**  
FONDO EDITORIAL

- TRUFFAT, Edgardo Daniel, "La agenda concursal", *Doctrina societaria y concursal ERREPAR (DSCE)*, noviembre de 2008, T. XX, p. 1045.
- TRUFFAT, Edgardo Daniel, "No existe en el derecho argentino nada que pueda denominarse "derecho de voto", en: *El voto en las sociedades...*
- TRUFFAT, Edgardo Daniel, "La agenda concursal", *Doctrina societaria y concursal ERREPAR (DSCE)*, noviembre de 2008, T. XX.
- VAISER, Lidia, "Categorización de acreedores - Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad", *LA LEY 1998-C*, 1252.
- VAISER, Lidia, "La categorización de los acreedores en el concurso preventivo. Un camino lleno de espinas", *LA LEY 2000-F*, 1009.
- VÁSQUEZ, Gabriel - VILLOLDO, Marcelo, "Sobre los sujetos impedidos de pronunciarse con respecto a la propuesta concursal (con especial consideración de quién, cómo, cuándo y dónde articular la cuestión", en: *El voto en las sociedades...*
- WILLIAMS, Ricardo, *El concurso preventivo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
- ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Código de comercio y leyes complementarias comentados y concordados*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

## LA CESIÓN DE CRÉDITOS "FUTUROS" EN GARANTÍA (COMO PRENDA) ANTE EL CONCURSO PREVENTIVO DEL DEUDOR-CEDENTE

Por Federico Sosa

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo se circunscribe a abordar la temática vinculada con el instituto de la cesión de créditos en garantía y, específicamente, con aquellas cesiones en garantía instrumentadas como "prendas" cuyo objeto son créditos "futuros" o, mejor dicho, créditos "eventuales en cuanto a su exigibilidad".

Asimismo, se analizarán ciertas particularidades que pueden presentarse con relación a la "ejecución" de dichas garantías cuando el deudor se encuentra *in bonis* para, luego, ingresar en el análisis de las diferentes contingencias que debe enfrentar el acreedor garantizado con una cesión de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad para "ejecutar" con éxito su garantía en una situación de concurso preventivo del deudor-cedente.

En particular, se analizarán las siguientes cuestiones: (i) la oponibilidad de esta especie de garantía en el concurso preventivo del deudor-cedente y la posibilidad de que, pese a la situación concursal del deudor, el acreedor-cesionario cobre y aplique los créditos cedidos a la cancelación de la deuda principal; (ii) las diferentes vías de inclusión del crédito (y el privilegio) en el pasivo concursal; (iii) la posibilidad de que el juez del concurso preventivo del deudor-cedente dicte medidas cautelares que, con la finalidad de preservar la continuidad de la empresa, interfieran o suspendan los efectos de la garantía;

y (iv) los efectos que, en el marco de un concurso preventivo del deudor-cedente, podría llegar a tener un pacto de incesibilidad de los créditos cedidos celebrado entre el concursado y el deudor cedido.

Como es sabido, el concurso preventivo (y también la quiebra) constituye la "prueba de fuego" para las garantías constituidas con la finalidad de asegurar el cobro de un crédito, cuya utilidad o conveniencia está, generalmente, ligada a las posibilidades de sobrevivir a este escenario de crisis e incumplimiento generalizado del deudor.<sup>1</sup>

Justamente, en el presente trabajo analizaremos si la cesión en garantía de créditos "futuros" (o eventuales en cuanto a su exigibilidad) es -valga la redundancia- una garantía apta para sortear las dificultades que plantea la insolvencia del deudor-cedente.

## II. CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA - DEFINICIÓN

A modo de ensayar una definición de la cesión de créditos en garantía (o, por lo menos, de la modalidad que será analizada en este trabajo), podemos afirmar que es aquél contrato mediante el cual una de las partes (el deudor-cedente) se obliga a transmitirle a la otra (el acreedor-cesionario) los derechos creditorios que tiene contra un tercero (el deudor cedido), con la finalidad de garantizar una deuda que el primero mantiene con el segundo (deuda principal) y facultando a éste último, en determi-

<sup>1</sup> "(...) los procesos concursales resultan la prueba de fuego de las garantías del crédito (...) es en tales procesos colectivos donde termina demostrándose si la garantía que detenta el acreedor es capaz de sobrevivir el control múltiple que implica el proceso colectivo, sin desmedro para el crédito objeto de aquella seguridad" (LOIZA, Fabián M. - PICADO, Leandro S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982).

nadas circunstancias, a cobrar del deudor cedido y aplicar el producido a la cancelación (total o parcial) de la deuda principal.

*"En la cesión en garantía, si la obligación principal garantizada se cumple, la cesión queda sin efecto. En caso contrario el cesionario tiene el derecho de gestionar el cobro del crédito y si tiene éxito en ello, debe aplicar su producido al pago de la obligación garantizada".<sup>2</sup>*

## III. DISCUSIÓN EN TORNO A LA VALIDEZ DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA

El instituto de la cesión de créditos en garantía no se encuentra regulado expresamente por la ley argentina.<sup>3</sup> Dicha circunstancia generó, hace tiempo, un debate sobre la validez de esta especie de contrato de garantía, existiendo posiciones que la reconocían y otras que la negaban.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> ARICO, Rodolfo, "Cesión de créditos en garantía", ED 173:856.

<sup>3</sup> "El derecho argentino no contiene una definición de contrato de garantía ni una regulación integral y orgánica de los diversos contratos que pueden agruparse dentro de esta denominación genérica (...) Tampoco contiene una regulación general sobre la transferencia con fines de garantía, figura que comprende, además de la transmisión del dominio strictu sensu, la transmisión de créditos a favor de terceros (...) El derecho argentino (...) carece, igualmente, de una regulación completa de la prenda sobre créditos y títulos valores; contiene sólo referencias aisladas (...)" (SCMendoza, Sala I, 6/8/1997, "Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsu en Carbometal, S.A.I.C. p/ conc. prev. s/ cas.", ED 180:514).

<sup>4</sup> Este tipo de discusiones es muy común cuando, por las necesidades del comercio y la economía, aparecen nuevas garantías diferentes a las que podemos denominar "tradicionales". Para citar un ejemplo, podríamos mencionar el caso del sale & lease back bajo el régimen de la Ley 24.441, antes de su reconocimiento expreso por la Ley 25.248.

### III.1. Posición contraria a la validez de la cesión de créditos en garantía

La cesión de créditos en garantía fue cuestionada por SALVAT, quien sostenía su nulidad basándose en que la cesión no podía tener como causa fin garantizar un crédito, en tanto fue regulada por la ley como un medio para transferir derechos, no en garantía, sino en propiedad.

*"En cuanto al caso de la prenda de crédito disimulado bajo la forma de la cesión en garantía, nos parece que la validez de ella no puede ser aceptada, porque una cosa es la cesión de créditos o derechos, la cual implica la transmisión de ellos en propiedad, y otra la constitución de prenda que sólo representa la constitución de un derecho real de garantía; el mismo Código de Comercio parece corroborar esta tesis, al exigir que en el caso de darse en prenda créditos o acciones endosables, se declare expresamente que el endoso lo es en garantía".<sup>5</sup>*

Por su parte, NIETO BLANC sostuvo la invalidez de la cesión de créditos en garantía porque: (i) no está expresamente contemplada por la ley; (ii) la finalidad de garantía no está expresamente prevista en las normas del Código Civil relativas a la cesión, que solamente contemplan una finalidad traslativa; y (iii) no puede reconocerse validez a un contrato que perjudica a terceros y que reconoce un privilegio no creado por la ley.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> SALVAT, Raymundo J., *Tratado de derecho civil - Derechos reales*, t. IV, núm. 2622, pág. 378, 4ª edición, Buenos Aires, 1960.

<sup>6</sup> "Más recientemente, Ernesto E. Nieto Blanc, en un interesante trabajo, estima cuestionable en nuestro derecho positivo la validez de la cesión de créditos en garantía. Funda su opinión en los siguientes motivos: A) no está prevista en el C. Civil y el C. de Comercio. B) es un contrato incompleto que se integra con la causa que lo motiva, con un

### III.2. Posición favorable a la validez de la cesión de créditos en garantía

Contrariamente a la posición anterior, RIVERA sostiene que el contrato de cesión no tiene una causa fin típica e inmutable, sino que, por el contrario, puede reconocer distintas finalidades y, entre ellas, la de garantía.

*"La cuestión inicial radica en determinar si la cesión de créditos tiene por finalidad sólo la transmisión de los derechos en propiedad, como parece indicarlo*

*dato constante y genérico, que cumple la función traslativa que le es propia, al que se agrega un dato específico representado por la función concreta a la que está dirigido. El C. Civil prevé como posibles causas de la transferencia que toda cesión supone, la venta, la permuta y la donación. Por su naturaleza propia ellas tienen función traslativa, no así la garantía, la cual no parece configurar la causa idónea necesaria para producir la fuerza transmisiva que requiere la cesión. C) Los contratos no pueden perjudicar a los terceros (arts. 503, 953, 1195 y 1199, C. Civil), y el art. 3876 claramente dispone: 'El privilegio no puede resultar sino de una disposición de la ley. El deudor no puede crear privilegios a favor de ninguno de los acreedores'. Esta regla es muy importante en el caso, dado que con la pretendida cesión en garantía el deudor está sacando un bien (el crédito cedido) de su patrimonio, lo que va en desmedro de sus demás acreedores, que son terceros, y en definitiva la transferencia del crédito viene a dar al acreedor cesionario una situación de privilegio con relación a ese crédito, el que debe retroceder a su cedente si el mismo lo desinteresa. D) El principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual (arts. 1143 y 1197, C. Civil), sólo rigen entre las partes (y sus sucesores), pero no es admisible cuando perjudica a los terceros" (NIETO BLANC, Ernesto E., "Dación en pago de créditos (pro soluto y pro solvendo), cesión en garantía y prenda de créditos", La Ley, Derecho Bancario, o suplemento trimestral del Comité de Abogados de Bancos de la Rep. Argentina, N° 6 del 6/11/1991, citado por ARICO, Rodolfo, "Cesión de créditos en garantía", ED 173:856).*

cierta doctrina, o pueden también ser cedidos en garantía. Para encontrar respuesta a este interrogante, debemos tener en cuenta que la cesión de créditos es un vehículo para la transmisión de derechos pero no reconoce una causa final típica, en cuanto constante y consustancial al negocio mismo. Si el Código Civil admite, de manera expresa, que se apliquen a este negocio jurídico las disposiciones de la compraventa, la permuta o la donación (arts. 1435 y 1437), es porque esas figuras responden a la finalidad perseguida por las partes al ceder un crédito (...) De modo que nada de irregular puede verse en que por vía de la cesión de créditos se persiga no la transmisión de la propiedad de un crédito, sino una finalidad de garantía (...).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867. En idéntico sentido: "La circunstancia de que el contrato no encuadre en el de compraventa, en el de permuta o en el donación a que se hace referencia en los arts. 1435, 1436 y 1437, destinados a asimilar las obligaciones de las partes, no le quita el aspecto de cesión, desde que esta enumeración no es taxativa y hay contratos innominados (art. 1143). Si se permite la cesión gratuita no veo motivos para considerar que se prohíba la cesión onerosa realizada, con obligaciones a cargo del cesionario" (C1° CC, La Plata, 20/12/1946, "Banco de Avellaneda c/ Failo, Emilio o Angel Emilio s/ suc.", JA 1947-I, 749. "(...) Messineo alude a la cesión de crédito como un negocio jurídico abstracto. Manifesta que la cesión puede tener lugar también por causa diversa de la enajenación a título oneroso (venta), o sea, que puede tener lugar a título gratuito (cesión donación) y también a título de garantía, o de pago, o de mero acreditamiento; y que la cesión es considerada por la ley únicamente en sus efectos; los cuales son constantes, con independencia de la relación fundamental de que la cesión trae su origen, tanto que, por más de un autor, hay inclinación a ver en la cesión de crédito un negocio abstracto" (MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial* (traducción de Sentis Melendo), t. IV, Derecho de las obligaciones, Parte General, pág. 189, Ediciones Jurídicas Eu-

En similar sentido, y sin perjuicio de la falta de recepción legal específica en el ordenamiento jurídico, LAFAILLE sostiene la validez de la cesión de créditos en garantía siempre y cuando su utilización no persiga burlar derechos inderogables.

"(...) en el mundo de los negocios se acude frecuentemente a la transferencia de cosas o derechos para asegurar un crédito, cuando por cualquier motivo no es posible constituir sobre ellos un gravamen pignoraticio. Aunque esto es mucho más usual en las relaciones mercantiles, no deja de emplearse también en las de orden civil. Admitimos sin dificultad que si por este medio se intenta burlar preceptos (...) inderogables (...) tal maniobra no merecería el amparo de los jueces, ni tampoco la que involucra una retroventa. En cambio no participamos de la opinión que repudia tales contratos en todos los demás supuestos, cuando no hay una norma que así lo determine y la regla es la licitud, siempre que no exista prohibición. Ahora bien: si nadie pone en duda la legalidad de una venta o de una transferencia, no habiendo texto que a ello se oponga, la simple circunstancia de que el adquirente reciba el objeto en garantía y no en dominio, como resulta de las apariencias, estaría lejos de justificar una doctrina tan rigurosa".<sup>8</sup>

ropa América, Buenos Aires, 1955, citado por ARICO, Rodolfo, "Cesión de créditos en garantía", ED 173:856).

<sup>8</sup> LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. V, *Tratado de los derechos reales*, vol. III, pág. 188, Ediar, Buenos Aires, 1945.

### III.3. La cuestión en la actualidad

Hoy en día la discusión sobre la validez de la cesión de créditos en garantía se encuentra prácticamente superada y, tanto la doctrina como la jurisprudencia, la han reconocido sin mayores inconvenientes.<sup>9</sup>

Esto último, a nuestro entender, resulta sumamente positivo pues *"cuando nos debemos enfrentar a operaciones de fuerte contenido económico que tienden a solucionar problemas reales de la actividad, lo propio no es buscar las normas obstaculizadoras sino recurrir a la interpretación creadora, obviamente, dentro de las pautas y marcos fundamentales del ordenamiento jurídico"*.<sup>10</sup>

Sin embargo, la discusión sobre la cesión de créditos en garantía no se ha agotado en la actualidad, pues, sin perjuicio de reconocerse su validez, existen ciertas discrepancias en torno a su naturaleza jurídica.

Así, existen tres posiciones claramente diferenciadas. La primera de ellas, quizás mayoritaria, sostiene que la cesión de créditos en garantía es una "prenda de créditos". La segunda sostiene que se trata de un "negocio fiduciario" y la tercera, por su parte, entiende que estamos ante un "fideicomiso".

Ahora bien, todas estas posiciones parten de la base que la cesión de créditos en garantía surge de las propias normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio (las relativas a la prenda, a los negocios fidu-

<sup>9</sup> Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos*, t. 2, parte especial, pág. 649, Zavallia, Buenos Aires, 1991; RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 868; CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix, *Compendio de derecho de las obligaciones*, 2da. Edición, t. 1, pág. 628, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; GUASTAVINO, Elías, "La transmisión de créditos en garantía", JA 1972-18, 504; VILLEGAS, Carlos G., *Las garantías del crédito*, pág. 404, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1993.

<sup>10</sup> FARGOSI, Horacio P., "Esquicio sobre el lease back", ED 144:953.

ciarios y a los fideicomisos), circunstancia ésta que confirma que quienes, en un primer momento, abogaban por la validez de esta figura transitaban por la buena senda. A continuación analizaremos dichas teorías y, luego de ello, los efectos que se derivan de la admisión de una u otra.

## IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA

### IV.1. Prenda de crédito

La posición que podría denominarse mayoritaria entiende que la cesión de créditos en garantía es una prenda de créditos, figura que aparece reconocida por los arts. 3204<sup>11</sup> y 3209<sup>12</sup> del Código Civil y por el art. 587<sup>13</sup> del Código de Comercio.

Sin embargo, para que exista una prenda es necesario que se cumplan todos los recaudos exigidos a tales efectos

<sup>11</sup> Art. 3204, Código Civil: *"Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda"*.

<sup>12</sup> Art. 3209, Código Civil: *"Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero aunque él sea superior a la deuda"*.

<sup>13</sup> Art. 587, Código de Comercio: *"El acreedor que hubiese recibido en prenda documentos de crédito, se entiende subrogado por el deudor para practicar todos los actos que sean necesarios para conservar la eficacia del crédito y los derechos de su deudor, a quien responderá de cualquier omisión que pueda tener esa parte. El acreedor prendario está igualmente facultado para cobrar el principal y réditos del título o papel de crédito que se le hubiese dado en prenda, sin que se le puedan exigir poderes generales y especiales del deudor"*.

por los arts. 3209 y 3212 del Código Civil, que son: (i) la celebración por escrito; (ii) la notificación al deudor cedido; y (iii) la entrega del título en el que conste el crédito cedido o prendado.<sup>14</sup> Sobre este tema volveremos más adelante.

Existen numerosos precedentes jurisprudenciales que reconocen a la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos aunque, claro está, en todos estos casos se encontraban reunidos los presupuestos aludidos con anterioridad.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> "Esta postura, requiere para la conclusión del contrato como tal, que se cumplimenten las modalidades previstas por el art. 3209 del Código Civil y su nota, que exigen la notificación al deudor del crédito dado en prenda para que el cesionario tome posesión frente a terceros y la entrega del título al acreedor, o a un tercero aunque él sea superior a la deuda. Estos recaudos se complementan con lo normado en el art. 3212 de la ley de fondo, que requiere en todo caso para que se constituya la prenda que su objeto conste en un título por escrito, a los fines de cumplir con el desplazamiento y la función de publicidad" (RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág. 69, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009).

<sup>15</sup> C2° CC, La Plata, 22/4/1941, "Banco Germánico de la América del Sud c/ Rosner, Bruno, quiebra", JA 74:594; íd., 30/12/1947, "Banco de Avellaneda c/ Torres Sunin, José", LL 51:883; CNCom., Sala E, 14/6/1990, "Flor de Lis S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de elevación a la Excma. Cámara Comercial", inédito; íd., Sala D, 20/5/2005, "Banco Sudameris Argentina S.A. s/ inc. de rev. en Antonio Espósito S.A. s/ conc. prev.", LL 2005-E, 46; íd., Sala D, 3/10/2003, "HMP Conultores S.R.L. c/ Banco Río de la Plata S.A. y otro s/ ordinario", LL 2003-F, 883; íd., Sala E, 4/4/1997, "Foxman Fuegoquina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de restitución de fondos", ED 173:445; CNFed., Sala Civil y Comercial, 30/4/1965, "Fernández, Margarita R. y otras c/ Banco Supervielle de Buenos Aires, LL 120:908."

## IV.2. Negocio fiduciario

Otra posición, que podría considerarse minoritaria, sostiene que la cesión de créditos en garantía constituye un negocio fiduciario (especie de negocio indirecto) bajo el cual el deudor le transmite al acreedor la propiedad del crédito con una finalidad de garantía.<sup>16</sup>

Hay aquí, como en todo negocio indirecto, un exceso en el medio empleado (transmisión de la propiedad) en cuanto al fin perseguido (garantizar un crédito).<sup>17</sup>

A diferencia del caso de la prenda de créditos, donde no se transfiere la titularidad del crédito cedido (sino su tenencia o, si se quiere, su "cuasi-tenencia"<sup>18</sup>), en este caso sí existe una transmisión del crédito en propiedad.

<sup>16</sup> GUASTAVINO, Elías, "La transmisión de créditos en garantía", JA 1973-18, 504.

<sup>17</sup> Cfr. RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág. 60, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

<sup>18</sup> "Recuérdese una vez más que los créditos prendables per se según la ley civil, no son 'cosas' sino 'bienes'. Pues bien: al no ser objetos materiales, los mismos no pueden ser objeto de 'posesión' (cciv. 2400: 'los bienes que no son cosas, no son susceptibles de posesión') ni, por tanto, de 'tenencia' -que no se diferencia materialmente de la posesión, sino en la diferente intención del tenedor respecto de la del poseedor-. Consecuentemente los créditos tampoco son susceptibles de 'aprehensión', en el sentido del CCiv. 2374: un 'contacto personal' entre el crédito y el sujeto que lo 'cuasi tiene' -en seguida se precisará este concepto-, o bien de un acto que ponga a la persona en 'presencia' del crédito con 'posibilidad física' de tomarlo. Como bien dijo -más allá de algún error- el codificador en su nota al art. 2400, 'las cosas incorporales [sic, rectius, los objetos incorporales o, más simplemente, los bienes]), aquéllos quod in iure consistunt, no son susceptibles de verdadera posesión, más lo son de una cuasi posesión. Esta cuasi posesión de un derecho, consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece, y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión. Es claro que a partir de ese concepto de 'cuasi-posesión', puede elaborarse el concepto

En este caso, el fiduciario tiene, por un lado, la facultad de percibir el importe del crédito cedido por hasta el monto de la deuda garantizada por el deudor-cedente (fiduciante) y, por otro lado, la obligación de retransmitir el crédito (o parte del él) al fiduciante si se hubiera cancelado la deuda garantizada (mediante el cobro de los créditos cedidos o por cualquier otra vía).

*"La estructura del negocio fiduciario o fiducia, está integrada por dos relaciones jurídicas que aparecen como contrapuestas, una de tipo real (la transferencia de dominio) exteriorizada y oponible erga omnes y otra de tipo obligacional (pacto de fiducia) que sólo tiene eficacia entre partes -fiduciante y fiduciario-, no siendo por tanto oponible a terceros. He aquí la desproporción entre el medio utilizado y los fines perseguidos por las partes que caracteriza a este tipo de negocio concediendo al fiduciario una potestad de abuso que es consecuencia de la estructura propia de los derechos reales. La transferencia del dominio de los bienes al fiduciario aparece como desproporcionada en relación al fin perseguido por las partes que podrá consistir en un mandato (de administración, inversión) o en una garantía (fiducia cum creditore contracta)".<sup>19</sup>*

*el concepto de 'cuasi-tenencia': este describiría el goce de un derecho por parte de quien reconoce que ese derecho pertenece a otro. Tal el caso, exactamente, del acreedor prendario sobre un crédito, quien reconoce que ese crédito pertenece a su deudor prendario. El acreedor prendario sobre un crédito es, pues, cuasi tenedor de ese crédito" (CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585).*

<sup>19</sup> MEDICI, Rubén A., "Cesión de crédito en garantía, prenda de títulos y fideicomiso de garantía, Diferencias y su tratamiento concursal", en *Zeus - Colección jurisprudencial*, volumen 103, pág. 107, Zeus, Rosario, 2008.

*"Al ser así, cabe observar que tal acto jurídico está integrado (...) por dos negocios jurídicos coligados: (1) uno de carácter dispositivo, que es el contrato de cesión mismo, por el cual el sujeto cedente -fiduciante- transmite el crédito en plena propiedad al sujeto cesionario -fiduciario-, por lo que este aparece, frente a terceros, investido de las facultades que son propias de un cesionario en cualquiera de las modalidades típicas previstas por el Código Civil, debiendo el deudor cedido cumplir, de tal modo, la prestación a favor del cesionario (fiduciario); y (2) otro que se corresponde con el pacto de fiducia, paralelo a la traslación del derecho, celebrado entre el sujeto fiduciante -cedente- y el que aparece como fiduciario -cesionario- mediante el cual se regulan y limitan las consecuencias de la fiducia, y por el que el fiduciario se obliga a restituir el crédito cuando se le pague la deuda garantizada. Dicho con otras palabras, si la obligación principal que se garantiza se cumple, la cesión en garantía del crédito queda sin efecto (conf. Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2007, t. 4-A, p. 32), y es por ello, precisamente, que se produce la restitución de la garantía misma al cedente, esto es, la readquisición del crédito cedido fiduciariamente, ya que una vez que el cesionario es satisfecho no tiene título para retenerlo".<sup>20</sup>*

Esta postura, al igual que la anterior -aunque en menor medida-, también ha recibido apoyo jurisprudencial.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Constructora Gramuglia Hnos. S.A. s/ quiebra c/ Sindicato de Empleados Jaboneros s/ ordinario", elDial AA4D2C.

<sup>21</sup> "La cesión en garantía constituye un negocio fiduciario, entendiéndose por tal la modificación subjetiva en la relación preexistente que



### IV.3. Fideicomiso de garantía

CARREGAL sostiene que la cesión de créditos en garantía no es otra cosa que un fideicomiso de garantía y que, en consecuencia, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 24.441.<sup>22</sup>

En algún momento se discutió acerca de la validez o invalidez el fideicomiso de garantía en tanto el mismo no se encuentra expresamente previsto en la Ley 24.441, aunque en la actualidad la cuestión parece haber sido resuelta a favor de su validez.<sup>23</sup>

*consiste en la transmisión plena del dominio u otro derecho efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían la transmisión, con el surgimiento simultáneo de una obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente o transmitir a una tercera persona una vez realizada la finalidad" (Juzgado Federal de 1° Instancia, Capital Federal, 6/10/1972, "Farmatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano", JA 1972-18, 4970).*

<sup>22</sup> CARREGAL, Mario A., "El concurso del fiduciante en el fideicomiso de garantía", LL 2004-B, 1217.

<sup>23</sup> "(...) la generalidad de la doctrina, cuya opinión compartimos, considera admisible su existencia en el ordenamiento jurídico argentino (...) A tal fin, se debe partir de un correcto encuadramiento del tema, el que requiere especificar con carácter previo que nos hallamos ante un contrato en virtud del cual el acreedor (beneficiario-fideicomisario) no adquiere ningún derecho real, sino que sólo se convierte en titular de un derecho personal contra el fiduciario, exigible exclusivamente hasta la concurrencia del precio de venta de los bienes fideicomitados. Punto de partida que patentiza la lógica imposibilidad de violar por medio de este contrato la prohibición absoluta de modificar contractualmente las normas fijadas por la ley en materia de derechos reales, argumentación que sólo puede referirse al supuesto en que el objeto del fideicomiso sean cosas. Similares fundamentos sustentan la inadmisibilidad de la consideración del fideicomiso de garantía como una garantía real simulada. Téngase en cuenta el carácter típico de este contrato en el que la garantía sólo afecta al valor económico de los bie-

La Ley 24.441, que regula el contrato de fideicomiso, establece que "habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".<sup>24</sup>

Como puede verse, la norma contempla varios sujetos: el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y, eventualmente, el fideicomisario.

Dicha circunstancia ha desencadenado una interesante controversia doctrinaria en torno a si es válido que una misma persona cumpla simultáneamente el rol de fiduciario y de beneficiario con relación a un mismo fideicomiso.<sup>25</sup>

*bienes (Fernández Raymundo L., y Gómez Leo, O. R., ob. cit. T. 4, pág. 339/340)" (CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo", LL 2009-A, 357).*

<sup>24</sup> Art. 1, Ley 24.441.

<sup>25</sup> A favor: KIPER, Claudio M. y LISOPRAWASKY, Silvio V., *Teoría y práctica del fideicomiso*, pág. 26, Depalma, Buenos Aires, 1999; CARREGAL, Mario A., "Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía", LL 2008-E, Año LXXII, Nro. 177, 15/09/2008; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, pág. 63, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 9, Secretaría Nro. 18, 10/2/2006, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo", inédito. En contra: PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., "El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz", en RDPC, N° 2001-3, p. 229; ISASMENDI, Armando J., "El fideicomiso en garantía en el derecho Nacional", La Ley, 2003/05/28, p. 3; CNCom., Sala E, 9/4/2007, "Mandataria del Plata S.A. c/ Figueras Bielsa, Manuel y otros", La Ley online, AR/JUR/7500/2007.

Parece discutible (y hasta riesgoso<sup>26</sup>) calificar, entonces, como fideicomiso a aquellas cesiones de créditos en garantía en las que solamente intervengan dos partes (el deudor-cedente que le cede a su acreedor-cesionario el crédito contra un tercero para que el mismo lo cobre y aplique al pago de la deuda principal), dado que, en estos casos, el rol de beneficiario y el de fiduciario recaen sobre la misma persona.

Además, pareciera que calificar a la cesión de créditos en garantía como un fideicomiso conlleva una interpretación forzada y, quizás, demasiado extensiva del instituto del fideicomiso cuando, "a la vuelta de la esquina", existen en nuestro ordenamiento jurídico otros institutos cuyas previsiones alcanzan, sin mayores sacrificios interpretativos, a este tipo de garantía.

#### IV.4. La voluntad negocial

Para una última posición, la cuestión no pasa por afirmar dogmáticamente, y en todos los casos, que la cesión de créditos en garantía es una prenda, un negocio fiduciario o un fideicomiso de garantía, sino que debe prestarse especial atención a la voluntad expresada por las partes en los documentos otorgados para determinar si éstas quisieron constituir una prenda, un negocio fiduciario o un fideicomiso.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Dada la incertidumbre sobre la solución legal que aplicará un juez en una eventual instancia de conflicto.

<sup>27</sup> "(...) habría que analizar el texto del contrato; si del contrato de cesión surge que las partes lo efectúan para asegurar determinada acreencia, o bien se deja constancia de que tiene carácter accesorio de una obligación principal habida entre las mismas partes o está afectada al cumplimiento de la obligación de un tercero, se estaría en presencia de una cesión de créditos en garantía a la que se le aplican las normas de la prenda de crédito, si, en cambio, del contrato de cesión no surge con claridad la accesoriedad que presupone la prenda de créditos, es decir, si sólo se invoca el precio de venta de la cesión, sin referencia al

Nos parece que esta tesis es la más acertada, en tanto las distintas modalidades que pueden hacerse presentes a la hora de celebrar un contrato de cesión de créditos en garantía hacen aconsejable no tomar una posición anticipada en un sentido u otro.

Por el contrario, resulta conveniente (y adecuado) tener en cuenta los siguientes aspectos:

i) La voluntad expresada por las partes en el contrato de garantía.

*cumplimiento de obligación alguna, o se endosan los instrumentos sin mención alguna; se estaría en presencia de una cesión fiduciaria de créditos" (CANTÓN, Osvaldo, "La cesión de créditos en garantía y su importancia en el desarrollo empresarial", DYE, n° 1/4, Rosario, 1994, pág. 227, citado en el voto de KEMELMAJER DE CARLUCCI en SC-Mendoza, Sala I, 6/8/1997, "Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/ conc. prev. s/ cas.", ED 180:514). "La autonomía negocial en la cesión en garantía, por las razones expuestas, tiene un papel decisivo, para determinar por ejemplo, si ella importa un negocio fiduciario, una prenda de créditos u otro. Aquí encontramos plena vigencia y validez al consensualismo, con los límites generales de la autonomía en el campo convencional, en cuanto el contrato no debe tener un objeto ilícito, contrario a la moral y a las buenas costumbres, y esa autonomía, por cierto, no puede constituir un recurso para pretender eludir alguna norma imperativa. Además, la finalidad perseguida por las partes con la cesión en garantía, debe ser merecedora de la protección jurídica. Con ello significamos que la función que desempeñe ese contrato será relevante en el ámbito jurídico, cuando el negocio esté dirigido a realizar intereses dignos de tutela. Si las partes celebraron la cesión de créditos como un vehículo para transmitir derechos en garantía, y esa situación no está contemplada en la ley, la autodisciplina que los contratantes se den, constituirá los principios regulatorios a que debe someterse ese negocio jurídico en particular" (ARICO, Rodolfo, "Cesión de créditos en garantía", ED 173:856).*

ii) La conducta de las partes antes, durante y después de la celebración del contrato de garantía y las demás pautas de interpretación contenidas en el art. 218 del Código de Comercio e, incluso, la postura que las partes asuman en una eventual instancia de conflicto.<sup>28</sup>

iii) Verificar la presencia de los elementos necesarios para la existencia de una prenda, de un negocio fiduciario o de un contrato de fideicomiso, según el caso.

Una vez verificadas estas variables, el operador jurídico podrá determinar si está ante una prenda de créditos, ante un negocio fiduciario o ante un fideicomiso de garantía, cuestión que no es para nada menor atento los diferentes efectos que se producen en uno u otro caso.

*"De lo expuesto surge que asiste razón a quienes afirman que la cesión de créditos en garantía debe ser vista como prenda de créditos, y por ende como negocio válido, fundados en que la cesión de cré-*

<sup>28</sup> "La lectura del párrafo precedentemente transcrito evidencia que medió una traslación de propiedad del crédito a los cesionarios. Ello es, por lo demás, lo que afirmó la accionada -sin réplica de la parte contraria a lo largo del juicio- tanto al contestar demanda, como al alegar y expresar agravios, en cuanto dijo que 'el crédito salió de la esfera del patrimonio de la actora' (...) y que los cesionarios debían considerarse 'los dueños del crédito' (...), pues 'la cesión de créditos produce la transmisión de propiedad del crédito cedido del cedente al cesionario'. Aceptando tal premisa, esto es, que medió traslación de propiedad del crédito a los cesionarios, y que ello fue, también sin discusión por las partes, para llegar a una finalidad de aseguramiento o garantía de pago de otro crédito distinto, la necesaria conclusión que se deriva es que el acto jurídico implicado fue una cesión fiduciaria de crédito con fines de garantía" (CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Constructora Gramuglia Hnos. S.A. s/ quiebra c/ Sindicato de Empleados Jaboneros s/ ordinario", eDial AA4D2C).

*ditos no es sino un vehículo para la transmisión de créditos, sin una causa objetiva típica más allá de esa atribución patrimonial de transmisión, lo que puede operarse con finalidad de transmitir derechos de distinta jerarquía: puede transmitirse la propiedad, puede enajenarse sólo a título de garantía; y ello autoriza naturalmente a que las partes pacten el contenido de cada negocio en particular, con la sola limitación de que la causa final objetiva perseguida resulte merecedora de la protección judicial. Si aparece como cesión en garantía, no cabe duda de que se trata de una prenda de créditos pues ella es la única garantía típica que se adecua a las circunstancias fácticas del negocio; aunque con la advertencia de que para ser eficaz, debe haberse celebrado por escrito, haberse hecho la notificación al deudor y entregado el título en que consta el crédito. Y si hubiera enajenado la propiedad del crédito con una finalidad de garantía, se estaría, como sostenía Lafaille, ante un negocio fiduciario (fiducia cum creditore) caracterizado por su fundamento en la confianza (fiducia) y el exceso del medio técnico empleado (cesión aparente de propiedad) respecto de la finalidad perseguida (garantía)".<sup>29</sup>*

#### IV.5. Diferentes efectos en una y otra hipótesis

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la cesión de créditos en garantía no es menor porque sus efectos varían según se la considere como una prenda, como una cesión fiduciaria o como un fideicomiso.

Veamos por qué:

<sup>29</sup> RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867.

**(i) Transmisión de propiedad**

En la cesión de créditos en garantía vista como un negocio fiduciario existe una transferencia plena de la titularidad de los créditos cedidos a favor del acreedor-cesionario.

Si la concebimos como un fideicomiso de garantía, habrá una transferencia de la titularidad de los créditos aunque dicha transferencia no será ya plena sino fiduciaria, quedando la nuda titularidad en cabeza del deudor-cedente fiduciante.

En cambio, si concebimos a la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos, la misma solamente implica una transferencia de la "tenencia" (o "cuasi-tenencia") de los créditos, quedando su titularidad en cabeza del cedente.<sup>30</sup>

*"Es cierto que en el caso del fideicomiso, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria, con lo cual el bien transmitido no puede ser agredido por los acreedores del fiduciante (salvo fraude); mientras que si es una prenda, la titularidad del crédito quedaría en cabeza del cedente, constituyéndose en beneficio del cesionario un derecho real de prenda. Pero atento a que la prenda comercial otorga una preferencia (o privilegio) que excluye virtualmente al resto de los acreedores (art. 582 Cód. de Comercio, aplicable aún en situación de concurso por la remisión del art. 243 LC), la diferencia se vuelve más teórica que práctica."*<sup>31</sup>

<sup>30</sup> "En este sentido, se dice en la más autorizada doctrina nacional que entre las partes no puede ponerse en duda que el acreedor prendario carece del *animus domini* y que reconoce en el deudor la propiedad de la cosa. Sería, pues, un detentador de la cosa (arts. 2451, 2452 y 2461, Cód. Civil), ejerciendo solamente la cuasi posesión de su derecho" (RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867).

<sup>31</sup> RIVERA, Julio C., "La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente", ED 173:445.

**(ii) Privilegio**

La cesión de créditos en garantía, entendida como un negocio fiduciario o fideicomiso, no involucra privilegio alguno a favor del acreedor cesionario, dado que la ley (única fuente de la cual pueden surgir privilegios<sup>32</sup>) no lo establece.<sup>33</sup>

En cambio, si vemos a la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos, es indudable que el acreedor prendario (cesionario) gozará del privilegio especial prendario establecido por el art. 3889 y concordantes del Código Civil.

**(iii) Posibilidad de constituir más de una garantía sobre los mismos créditos**

Si vemos a la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos, parece indudable que el deudor prendario puede, en principio, constituir varias prendas sobre el mismo objeto<sup>34</sup>, dado que conserva su titularidad.<sup>35</sup>

Por el contrario, si la vemos como un negocio fiduciario o fideicomiso, el cedente no podrá ceder nuevamente los créditos en garantía en tanto, una vez cedidos, su propiedad (ya sea plena o fiduciaria) se transmite al fiduciario quien, en todo caso, será el único habilitado a constituir garantías sobre dichos bienes, siempre y cuando ello se encuentre dentro de la manda.

<sup>32</sup> Cfr. art. 3876, Código Civil.

<sup>33</sup> Lo expuesto, claro está, resulta independiente del privilegio que pudiera tener el crédito cedido en garantía. Sin embargo, en tal supuesto, el privilegio será con relación a los bienes del deudor cedido y no con relación al cedente.

<sup>34</sup> Cfr. art. 3210, Código Civil.

<sup>35</sup> Cfr. MARTOREL, Ernesto E., *Tratado de los contratos de la empresa*, Tomo II, pág. 632, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.

**(iv) Conservación de los créditos cedidos en garantía**

Si vemos a la cesión de créditos en garantía como una prenda de créditos, el acreedor cesionario no solamente puede sino que, además, está obligado a conservar los bienes (en este caso, los créditos) recibidos en prenda de acuerdo a lo establecido por los arts. 587 del Código de Comercio y 3225 del Código Civil.

Por el contrario, si la vemos como un negocio fiduciario o como un fideicomiso, las obligaciones en cuestión recaerán sobre el fiduciario y estarán reguladas, no por las normas relativas a la prenda, sino por las contenidas en la Ley 24.441 que, básicamente, le impone al fiduciario la obligación de actuar como un "buen hombre de negocios".

**(v) Inacción del acreedor-cesionario**

Si el acreedor-cesionario permaneciera inactivo en cuanto al cobro de los créditos cedidos en garantía, en el caso de que la cesión de créditos en garantía fuera una prenda, parece indudable que el deudor-cedente tiene derecho a perseguir el cobro de los créditos, dado que -como dijimos- no deja de ser titular de los mismos.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> "La constitución de derecho real de prenda sobre los créditos no ha privado al actor de su condición de titular de ellos. No ha cedido a los bancos sus derechos creditorios, sino que los ha gravado con un derecho real de garantía, pero conservando la propiedad de esos créditos (...) La facultad que tiene el acreedor prendario de cobrar el crédito que se le dio en garantía y que es acordada en forma expresa por el art. 587 del Cód. de Comercio (...) no implica una obligación de realizar esa cobranza (...) Los bancos acreedores prendarios del actor no han hecho uso de sus derechos para hacer efectivo el cobro (...) Ante esa inactividad no puede desconocerse al actor el derecho de promover acción, dado que con ella tiende a obtener los recursos necesarios para pagar sus deudas bancarias y liberarse de los intereses que siguen corriendo y que agravan su situación a medida que corre el tiempo"

En el caso de que la cesión de créditos en garantía fuera un fideicomiso, resultaría aplicable el art. 18 de la Ley 24.441 que requiere autorización judicial para que el fiduciante o el beneficiario ejerzan acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciera sin motivo suficiente.

**V. CRÉDITOS QUE PUEDEN CEDERSE Y CRÉDITOS QUE PUEDEN PRENDARSE**

De conformidad con lo dispuesto por el art. 1444 del Código Civil, el principio general es que todo crédito puede ser objeto de un contrato de cesión, salvo prohibición legal o contractual.

Más allá del principio enunciado en el art. 1444 antes referido, el art. 1446 aclara expresamente que pueden ser objeto de cesión los créditos exigibles, los aleatorios, los créditos a plazo, los litigiosos, los condicionales y los eventuales. A su vez, los arts. 1447 y 1448, establecen que pueden cederse los derechos sobre cosas futuras y los créditos resultantes de convenciones aún no concluidas.

En cuanto a la prenda, el art. 3209 del Código Civil contempla expresamente la posibilidad de que el objeto dado en prenda sea un crédito.

Por su parte, el art. 583 del Código de Comercio, establece que pueden darse en prenda bienes muebles, mercancías u otros efectos, títulos de la deuda pública, acciones de compañías o empresas, y en general cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio. Si bien dicha norma, a diferencia del Código Civil, no contempla expresamente el caso de los créditos, sino sólo los papeles de crédito (en referencia a los títulos de crédito -hipótesis distinta a la analizada en el presente-), lo cierto

(CNFed., Sala Civ. y Com., 28/4/1964, "Dekeukelaere, Gerónimo c/ Tarena", LL 116:333).

es que la jurisprudencia tiene dicho que la enumeración contenida en el artículo citado no es taxativa<sup>37</sup> y, además, en todo caso, resultaría de aplicación la normativa del Código Civil (Cfr. apartado I del Título Preliminar del Código de Comercio).<sup>38</sup>

De este modo, parece indudable que, tanto desde la óptica del Código Civil como del Código de Comercio, los créditos que pueden ser objeto de un contrato de cesión (identificados en los arts. 1446 a 1448 del Código Civil) también pueden, en principio, ser objeto de un contrato de prenda.

Sin embargo, para que dicha prenda sea válida y oponible a terceros, deberán cumplirse además ciertos presupuestos, que están ligados al hecho que la prenda es

<sup>37</sup> "En principio, todo crédito (...) es prendable. Este criterio que informan los arts. 3204 y 3209 y 3211 del Cód. Civil es también aplicable en materia mercantil (ver. MALAGARRIGA, Cód. de Com. Comentado, 1918, t. 3, pág. 324 y SEGOVIA, Expl. y crítica del cód. de com., t. 2, pág. 129 al comentar el art. 583 del cód. de comercio). La norma del art. 583 del cód. de comercio no es pues, limitativa ni excluye la aplicación de las citadas disposiciones del cód. civil" (Cámara de Apelación de Rosario, en pleno, 30/12/47, "Boero Hnos. y Cía. c/ Rodríguez, Plácido y otros", LL 50:93).

<sup>38</sup> "Puede subrayarse que el Código de Comercio admite la prenda de títulos de deuda pública, acciones de compañías y empresas y en general cualesquiera papeles de crédito negociables en el comercio (art. 583). Ello no es excluyente de otros créditos no instrumentados en la forma prevista por el art. 583 del Cód. de Comercio, pues resultaría de aplicación la legislación común" (RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867). En tal sentido, FERNÁNDEZ tiene dicho que, en materia mercantil, "se aplica el código de comercio o la ley especial de que se trate y como complementarios y subsidiarios, los preceptos del código civil de carácter general, en cuanto no resulten contrarios a la ley mercantil" (FERNÁNDEZ, Raymundo, Código de Comercio de la República Argentina Comentado, t. III, pág. 42, Buenos Aires, 1950).

un contrato real<sup>39</sup> (Cfr. arts. 1141, 1142, 3204, 3206 y 3209 del Código Civil y 580 y 584 del Código de Comercio), a diferencia de la cesión y del fideicomiso de garantía, que son contratos consensuales.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> "Una de las principales características de la prenda es su condición de contrato real cuyo perfeccionamiento exige la entrega de la cosa prendada: ... 'sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre la que versare el contrato' (art. 1141, Cód. Civil). El ya transcripto art. 3204 del Cód. Civil exige la 'entrega de la cosa mueble o un crédito'. En el mismo sentido, el contrato de prenda es incluido en el listado de contratos reales del art. 1142 del referido cuerpo legal, que reza: 'forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito, y la constitución de prenda y de anticresis. El carácter real del contrato de prenda es confirmado por lo dispuesto por el art. 3206 del Cód. Civil, en tanto determina que los derechos del acreedor pignoraticio subsisten mientras él o un tercero convenido por las partes se encuentra en posesión de la cosa prendada. El Código de Comercio también se hace eco del carácter real del contrato de prenda. Su art. 584 dispone: 'la entrega puede ser real o simbólica, en la forma prescripta para la tradición de la cosa vendida...'. En lo que a la prenda de créditos se refiere, el carácter real del contrato objeto de análisis surge con claridad del art. 3209 del Cód. Civil, que exige la entrega del título prendado al acreedor pignoraticio. Por su parte, al referirse a la prenda de títulos valores, el art. 584 del Cód. de Comercio contempla como requisito ineludible el de su entrega al acreedor" (PODREZ YANIZ, Javier A., "La prenda de créditos: cuestiones de legalidad", ED 213:510).

<sup>40</sup> "Este contrato de cesión es consensual, por lo que basta el consentimiento de las partes para que quede concluido como tal, y las constancias por escrito del título del crédito y su entrega quedarán condicionadas a su existencia y al sólo fin de que el cesionario ejercite sus derechos frente al deudor cedido (...) En el fideicomiso de garantía, la característica es que se trata de un contrato consensual. Será suficiente, entonces, para producir efectos entre las partes contar con el consentimiento del fiduciante y fiduciario. La entrega del documento

## VI. PRESUPUESTOS REQUERIDOS PARA QUE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA PUEDA SER CALIFICADA COMO UNA PRENDA DE CRÉDITOS

Para que la cesión de créditos en garantía pueda ser calificada como una prenda, tenga los efectos de esta última, y -fundamentalmente- sea oponible a terceros (que es lo más relevante, sobre todo en la hipótesis de insolvencia del deudor-cedente), es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos:

### (i) Forma escrita

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 3217 del Código Civil y 581 del Código de Comercio, para que la prenda pueda oponerse válidamente a terceros es necesario que la garantía se otorgue por instrumento público o privado con fecha cierta.

### (ii) El crédito debe constar por escrito

De conformidad con lo dispuesto por el art. 3212 del Código Civil, es indispensable que el crédito objeto de la garantía conste por escrito.

Desde ya, este requisito no debe entenderse en el sentido de que el crédito debe estar incorporado al documento (como en el caso de los títulos valores). Lo que se requiere es que en el respectivo documento conste la causa fuente del crédito objeto de la prenda.<sup>41</sup>

*habrá de requerirse al sólo fin de que el fiduciario pueda hacer valer sus derechos de cobro frente al tercero deudor cedido" (RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, Garantías Modernas, pág. 84, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009).*

<sup>41</sup> "El art. 3212 del Código Civil sólo exige que el crédito cedido conste en un 'título por escrito'. De esta manera, '... cualquier crédito que conste por escrito puede ser dado en prenda en seguridad de un crédito' (...)

En tal sentido, resulta útil traer a colación la discusión sobre la viabilidad de la prenda de facturas.

Así, algunos autores sostienen que las facturas no pueden ser objeto de una cesión de créditos en garantía (entendida como prenda) porque no son títulos en los que conste un crédito (Cfr. art. 3212 del Código Civil) y, en consecuencia, la entrega de las mismas al acreedor cesionario no puede valer como la entrega del título contemplada por el art. 3209 del Código Civil.<sup>42</sup>

*dito' (...)* Sin embargo, la exigencia de que el crédito dado en prenda se encuentre instrumentado no debe entenderse en el sentido de que esté 'incorporado' al referido instrumento. Bastará con que del instrumento que se entregue en prenda surja la causa fuente del respectivo crédito" (PODREZ YANIZ, Javier A., "La prenda de créditos: cuestiones de lege lata", ED 213:510).

<sup>42</sup> "(...) de los requisitos impuestos por la legislación y las características que rodean al contrato de prenda resulta imposible constituir derecho real de prenda sobre facturas o cualquier otro documento que en definitiva no represente el crédito como tal. De acuerdo con el art. 474 del Cód. de Comercio la factura es un medio de prueba posible del contrato de compraventa mercantil, y no un título que resulte representar el crédito del vendedor, ni aún cuando conste en el mismo la aceptación del comprador, toda vez que no posee la nota de autosuficiencia que se requiere, de modo tal que no quede siempre ligado a la alternativa propia de la compraventa. Dichas facturas en manera alguna pueden considerarse documentos indispensables para la percepción del precio de la compraventa. El vendedor y acreedor del precio puede reclamar el pago sin necesidad de las mismas. Resulta por lo expuesto una imposibilidad legal que este tipo de documentación pueda ser objeto de prenda ordinaria, ya que no cumplimenta la exigencia del que el crédito conste en título por escrito (art. 3212) y cuya retención por parte del acreedor prendario le confiera la posibilidad per se de impedir el ejercicio de los derechos de su deudor prendario, configurando el necesario desplazamiento que hace a la propia esencia de la prenda. Faltando en consecuencia en dichos casos, uno de los requisitos exigidos por la legislación para la configuración de la prenda, dichas ins-

Por el contrario, la mayoría de la doctrina entiende que las facturas pueden ser perfectamente prendadas porque, para que exista prenda, no es necesario que el crédito entregado esté incorporado al documento y, además, la factura refleja perfectamente la existencia de un crédito nacido de un contrato de compraventa comercial.<sup>43</sup>

### (iii) Notificación al deudor cedido – ¿Entrega del título?

De conformidad con lo dispuesto por el art. 3209 del Código Civil, para que la prenda quede constituida y sea

*instrumentaciones son nulas como configurativas del derecho real*" (BENSEÑOR, Norberto R., "Algo más sobre cesión y prenda de créditos", Revista del Notariado 1985:666). En idéntico sentido: FABIÉ DUBOIS, Eduardo y BENSEÑOR, Norberto R., "El descuento de facturas, las garantías del banquero y su debida instrumentación", separata de la Revista del Notariado, 1983, n° 790.

<sup>43</sup> "(...) la ley permite ceder cualquier crédito, esto es, cualquiera sea su causa fuente: una compraventa comercial, un mutuo, una locación, etc. (...) La misma regla se aplica para la prenda con la única exigencia de que el crédito conste por escrito (...) Pero no es necesario que el crédito esté 'incorporado' al documento, en el sentido que a la 'incorporación' se le da en materia de letra de cambio y otros títulos circulatorios. Además debe tenerse en cuenta que la factura es el modo de instrumentación del contrato de compraventa comercial, y que pasados diez días de recibida sin protesta, constituye una cuenta liquidada (art. 474, Cód. de Comercio). Por lo tanto, la factura constituye el documento por escrito que refleja la existencia del contrato de compraventa comercial (...) De allí que concluyamos que no existe inconveniente en que se ceda en garantía el crédito emanado de facturas, constituyéndose así prenda sobre los créditos que ellas revelan" (RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867). En idéntico sentido: CNCom., Sala B, 8/9/2003, "Correo Argentino S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Banco Patagonia", Lexis Nexis n° 11/36614; id., Sala C, 20/9/2002, "Sorriddi c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", inédito.

oponible frente a terceros, es necesaria la notificación al deudor cedido<sup>44</sup> o la aceptación por parte de éste (aunque si fuera notificado y no aceptara la cesión ello será irrelevante<sup>45</sup>).

<sup>44</sup> "Entre las partes los efectos de la cesión se producen instantáneamente, desde que se forma su acuerdo de voluntades, porque se trata de un contrato eminentemente consensual; respecto de los terceros, incluido entre ellos el deudor cedido -que es sin duda el principal interesado pues debe pagar la deuda materia de ésta-, la situación es distinta: los efectos de la cesión se producen desde que la cesión se hace pública, mediante la notificación de ella al deudor o mediante la aceptación por éste del traspaso (art. 1459). De modo que, antes de la notificación o de la aceptación de la cesión, el cedente continúa siendo propietario frente a los terceros, aunque no frente al cesionario, y a su vez el cesionario propietario respecto del cedente, pero no lo es todavía respecto a los terceros. Sólo después de realizada, la situación se invierte y el cesionario es el único que posee la condición de acreedor del crédito cedido y podrá percibir válidamente el pago, disponer del crédito, etc." (CNCom., Sala A, 21/5/99, "Premafin S.A. c/ Total Austral S.A.", LL 2000-B, 490).

<sup>45</sup> En efecto, lo dispuesto por el art. 1459 del Código Civil no implica que el deudor cedido tenga que aceptar o rechazar la cesión ni, mucho menos, que su aceptación o rechazo tenga incidencia en el perfeccionamiento y validez de la misma. En tal sentido: "En forma pacífica se sostiene en doctrina que el vocablo 'aceptación', no significa la conformidad o consentimiento del deudor para pagar sin reservas al cesionario, sólo significa que éste ha tomado conocimiento de la cesión, y que habiendo comprobado su existencia pagará al cesionario en lugar de hacerlo al cedente y en la medida en que tenta que hacer efectivo el pago a éste (...). Es evidente que la ley no podría exigir como requisito el consentimiento del deudor cedido, porque ello anularía de hecho la eficacia de este contrato en muchos casos, privándole de su principal característica, que es la negociabilidad de los créditos, la movilidad de tales relaciones jurídicas" (CNCom., Sala A, 21/5/99, "Premafin S.A. c/ Total Austral S.A.", LL 2000-B, 490). "Hubiera bastado con aludir a la notificación; la aceptación del deudor cedido no



Y si bien la notificación al deudor cedido o su aceptación es válida aún si fuera efectuada por instrumento privado o, incluso, verbalmente<sup>46</sup> (Cfr. art. 1460 del Código Civil), para que la cesión sea oponible a terceros es necesario que la notificación se realice por "acto público" (Cfr. art. 1467 del Código Civil)<sup>47</sup>. Con respecto a la aceptación,

*tiene relevancia jurídica sino como prueba de que tenía conocimiento de la cesión, pues no está en su poder aceptar o rechazar la cesión ni impedir la producción de todos sus efectos*" (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 368, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997).

<sup>46</sup> "Respecto del deudor cedido es válida la notificación hecha por simple instrumento privado y aún verbalmente, puesto que la ley no contiene ninguna exigencia formal. Sin embargo, cuando la notificación es hecha por el cesionario o por un escribano público, deberá realizarse sobre la base de un documento auténtico emanado del cedente en el que consta la cesión; de lo contrario el deudor cedido no tiene modo de saber si la pretendida notificación es un acto serio o una impostura del sedicente cesionario y tiene derecho a resistir las pretensiones de éste" (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 370, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997)

<sup>47</sup> "Respecto de los demás terceros no tiene efectos si no es hecha por instrumento público (art. 1467). Esta disposición se propone organizar una publicidad rudimentaria en protección de los terceros, pero es necesario reconocer que el medio arbitrado por la ley no cumple con dicho propósito (...) no es indispensable la escritura pública, basta con una notificación hecha con intervención de un oficial público (...)" (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 371, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997). "Ante todo, cabe señalar que no está discutido en autos que el acreedor de la cedente es uno de los 'otros interesados' mencionados por el art. 1467 del Cód. Civil, a cuyo respecto la cesión de crédito sólo adquiere eficacia con la notificación al deudor cedido por 'acto público', según dispone la misma norma legal citada. Debe tenerse presente, además, que por tal 'acto público', debe entenderse la escritura

ción, se discute si es necesario que sea por "acto público" o si, por el contrario, alcanza con un instrumento privado con fecha cierta.<sup>48</sup>

Si bien existe alguna posición doctrinaria que relativiza la exigencia del instrumento público sosteniendo que el mismo es exigido en el caso de la cesión (Cfr. art. 1467 del Código Civil) pero no en la prenda (Cfr. art. 3209 del Código Civil)<sup>49</sup>, pareciera que, al constituirse la prenda

*pública -arquetipo del 'acto público', pero también otros actos suficientemente genuinos, fehacientes o auténticos: ha sido dicho que en referencia a la notificación al 'deudor cessus', la jurisprudencia '...ha aceptado otros medios idóneos para ello, vg. intervención de un oficial público, notificación judicial, incorporación del acta de cesión al expediente en que el deudor es parte, etc.'* (CNCom., sala B, 21/4/75, Donato Félix, LA LEY, 1975-C, 288; en igual sentido: Spota, *Instituciones-Contratos*, t. IV, p. 361, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980)" (CNCom., Sala D, 9/4/1991, "Izzo, Rubén C. en: Giganti, Amado J. J. c/ Terranova, Alicia M.", LL 1992-B, 119).

<sup>48</sup> "(...) se discute si respecto de los demás terceros basta con una aceptación informal o si, por el contrario, es preciso un instrumento público. Esta última opinión se apoya en el texto del art. 1467 según el cual la notificación debe hacerse por acto público, lo que por analogía debe extenderse a la aceptación. Estamos en desacuerdo. Los preceptos formales deben interpretarse restrictivamente, puesto que las formas tienen carácter excepcional, ya que el principio es la libertad y la falta de formas; por consiguiente, si la ley no se expresa claramente, el intérprete debe decidirse en contra de la acumulación de requisitos formales materialmente inútiles. Hemos dicho que la exigencia del instrumento público no significa la menor garantía de publicidad para terceros; no es posible, por consiguiente, mantener este requisito a todas luces inútil, cuando la ley no lo exige expresamente. Basta pues con el instrumento privado, siempre claro está que haya adquirido fecha cierta, requisito sin el cual es inoponible a los terceros" (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 373, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997).

<sup>49</sup> "(...) el concepto de 'acto público' debe ser interpretado de manera más actual y acorde con las necesidades del tráfico mercantil. Por lo

de créditos mediante el vehículo de la cesión, deberán cumplirse los presupuestos previstos para ésta última.

Ahora bien, la norma también menciona como requisito para que exista prenda la entrega al acreedor (o a un tercero) del título en el cual conste el crédito.

Sin embargo, la propia nota al art. 3209 del Código Civil se encarga de aclarar que la posesión (o tenencia) del crédito pasa al acreedor prendario simplemente con la notificación al deudor cedido.<sup>60</sup>

De este modo, se ha interpretado que la entrega del título no es un requisito necesario para que la prenda exista y sea oponible a terceros, sino que únicamente constituye una medida de seguridad para evitar que el deudor-cedente cobre por sí el crédito (del cual continúa siendo titular), restándole eficacia a la garantía.

*que ceñirse al alcance que suelen dar los jueces y la doctrina a estos términos implica impedir el desarrollo de las modernas instituciones de financiamiento. En ninguna parte del art. 1467, el que lamentablemente carece de nota, se dice que 'acto público' sea igual a instrumento público. Por lo que debe ser entendido que otros medios alternativos, en tanto sean públicos aunque no importen un instrumento público, deben considerarse igualmente eficientes en tanto sea clara la inexistencia de cualquier connivencia entre cedente y cesionario en perjuicio de los terceros acreedores. Por lo demás el art. 3209 y su nota del Código Civil refiere a la notificación necesaria para la constitución de prenda de derechos de créditos pero sin introducir el requisito de que ésta tenga lugar por 'acto público'." (RIVA, Jorge L. – ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág. 93, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009).*

<sup>60</sup> Nota al art. 3209, Código Civil: "El privilegio del acreedor pignoraticio sólo existe en la posesión del crédito. Lo mismo que en materia de cesión de créditos, la notificación al deudor del crédito cedido, es la que hace tomar al cesionario posesión de la deuda respecto de terceros, así también el acreedor pignoraticio sólo toma posesión del crédito por la notificación al deudor del derecho de prenda constituido, y le confiere un privilegio que puede oponerse a terceros (...)."

*"(...) la exigencia de la entrega del instrumento no hace a la 'posesión' del crédito que, el mismo codificador se encarga de aclarar en la nota al art. 3209, acaece por la notificación al deudor; ni tampoco a la protección de terceros; la tradición del documento es simplemente una medida de seguridad prevista por la ley en favor del cesionario, pues tiene por objeto evitar que el cedente pretenda el cobro del crédito".<sup>61</sup>*

*"A los fines de la constitución de la prenda -en los casos de prendas de créditos-, en lugar de la tradición material de la cosa prendada (arts. 3204 y 3205 cód. civil), el artículo 3209 del código civil reemplaza dicha tradición con la notificación al deudor del crédito pignorado".<sup>62</sup>*

La interpretación parece lógica y acertada toda vez que, más allá de que el deudor-cedente conserve el contrato (causa fuente de los créditos prendados), lo cierto es que, una vez notificado el deudor cedido en debida forma, la cesión es absolutamente oponible a él y terceros y causa el embargo del crédito a favor del cesionario (Cfr. art. 1459 y 1467 del Código Civil). Y, en todo caso, en la hipótesis de ser necesario el contrato para el acreedor, éste tendrá una acción de cumplimiento de contrato para exi-

<sup>61</sup> RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867. En similar sentido: "Dentro de tal circunstancia fáctica (...) la entrega del título al acreedor exigida por el CCiv. 3209 debe entenderse en el caso satisfecha con la notificación pública (...) dirigida al deudor de los créditos sometidos a prenda" (CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585).

<sup>62</sup> BACIGALUP VÉRTIZ, Mario G. – TRUSSO, Juan M., "El acreedor con prenda de derechos creditorios frente a la quiebra", ED158:927.

girle su entrega al deudor-cedente y, en caso de incumplimiento o imposibilidad de cumplir, estará habilitado a reclamarle una indemnización por los daños y perjuicios correspondientes.

De este modo, es indudable que tiene mucho más relevancia práctica la notificación al deudor cedido que la propia entrega del contrato (en tanto causa fuente del crédito cedido) y, en los hechos, el cesionario toma posesión del crédito cedido (frente a todo el mundo -incluyendo al deudor cedido-), no con la entrega antes mencionada, sino con la notificación al deudor cedido efectuada en debida forma (esto es, por acto público).

Basta para corroborar lo expuesto pensar qué pasaría si el contrato hubiera sido entregado al acreedor pero sin cumplir con la notificación de la cesión al deudor cedido.

De todos modos, parece aconsejable, a la hora de constituir una prenda de créditos, dar cumplimiento también con la entrega del título a fin de evitar cuestionamientos ulteriores basados en una interpretación literal (y no finalista) de lo dispuesto por el art. 3209 del Código Civil.

## VII. EL CASO ESPECIAL DE LOS CRÉDITOS FUTUROS Y EVENTUALES COMO OBJETO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA ENTENDIDA COMO PRENDA

Considerando los principios y presupuestos enunciados hasta ahora, analizaremos a continuación si, cuando un deudor le cede en garantía a su acreedor créditos futuros o eventuales, dicha cesión en garantía (plenamente válida como cesión) puede o no ser calificada como una prenda de créditos y, en su caso, tener sus efectos.

### VII.1. Los créditos futuros y eventuales

La cesión en garantía (y eventual prenda -si se cumplieran los recaudos legales para ello-) de los créditos: (a) ac-

tuales y exigibles, (b) sometidos a plazo<sup>63</sup>, (c) litigiosos, (d) aleatorios y (e) condicionales<sup>64</sup>, no presenta mayores dificultades en tanto, en todos estos casos, los créditos son indudablemente "existentes" y, en consecuencia, podrán constar por escrito y podrá cumplirse con la notificación al deudor cedido (que ya está identificado) e, incluso, con la entrega del contrato o documento en el que conste el crédito al acreedor-cesionario (sea que se la considere o no como un presupuesto esencial para la existencia de la prenda).<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Cfr. art. 566, Código Civil.

<sup>64</sup> Ya sea que estén sometidos a una condición suspensiva (art. 545 del Código Civil) o resolutoria (art. 553 del Código Civil).

<sup>65</sup> Se ha suscitado alguna discusión en torno a la posibilidad de preñar créditos sometidos a plazo, aunque por exceder el objeto del presente trabajo no abordaremos la cuestión con profundidad. En tal sentido: "Un crédito puede existir sometido a plazo, en los términos del CCiv. 566. De interpretarse literalmente y aplicarse a rajatabla cierta doctrina según la cual 'sólo pueden ser dadas en prenda las cosas o créditos susceptibles de ejecución forzada' (Fernández y Gómez Leo, Tratado, III-C, pág. 76, n° 27, Depalma, Buenos Aires, 1988), los créditos sujetos a plazo no serían prendables, pues ellos no son ejecutables -lo serán al vencimiento del plazo, cuando devengan exigibles y satisfagan uno de los recaudos del Cpr. 520, según el cual sólo procede el juicio ejecutivo para demandar 'por obligación exigible' (...) En el parecer de esta Sala, el crédito de plazo pendiente tiene una indiscutible existencia -dada la preexistencia de una causa fuente que lo originó-; y de otro lado, ninguna norma legal prevé ni dispone que el crédito susceptible de ser prendado deba ser exigible ni ejecutable. La limitación según la cual sólo podrían ser prendables créditos que existen puramente (...) no tiene fundamento legal alguno. Y no procede, ciertamente, que el intérprete cree recaudos sin base jurídica suficiente (...). De otro lado, lógica y racionalmente, parecería que el crédito a plazo es el normalmente susceptible de ser prendado; piénsese en que si una persona tiene un crédito exigible contra otra, su conducta racional sería cobrarlo, sencillamente, y evitar tomar la deuda cuya

Las mayores dificultades se presentan, en cambio, con relación a aquéllos créditos "futuros" y "eventuales", sobre cuya existencia no existe la misma claridad que con respecto a los anteriores y, en consecuencia, es posible que falte en tales casos el contrato o documento escrito donde consta el crédito (que, por ende, no podrá ser entregado al acreedor-cesionario) y/o que no esté aún individualizado el deudor cedido a quien debe notificársele la cesión.

La cesión de créditos futuros no es otra cosa que la cesión del derecho a poder reclamar el cumplimiento de una obligación que aún no existe.<sup>66</sup> Podríamos tomar como ejemplo la cesión de los alquileres de un inmueble que el deudor-cedente aún no alquiló.

En el caso de los créditos eventuales, la cuestión es un tanto más complicada.

Algunos autores equiparan los créditos eventuales con los condicionales, entendiendo que son sinónimos, dado que lo eventual depende de algo contingente, igual que lo condicional.

*"Siguiendo el pensamiento de Segovia y Llambías, entre los autores locales, de los franceses, Aubry y Rau, y del belga Laurent, entiendo que los términos condicionales y eventuales son jurídicamente sinónimos. Y ello por su propia significación, ya que eventual es lo que depende de algo contingente al igual que lo condicional; y además, porque la obligación condicional como la eventual, carecen de algún elemento fáctico que debe completar la*

*restitución garantizaría con la prenda de aquél crédito"* (CNCCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585).

<sup>66</sup> Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Cesión de créditos*, pág. 79, La Ley, Buenos Aires, 2002.

*"fatispecie" normativa, y lo único que hace aquí el derecho es darle efectos jurídicos a hechos preexistentes como presupuestos del fenómeno. En síntesis, los créditos eventuales y condicionales son situaciones jurídicas iguales, sin que lo eventual tenga una naturaleza propia que la distinga de lo otro".<sup>67</sup>*

Otros autores, en cambio, sostienen que los créditos eventuales y los condicionales son dos cosas distintas.

En tal sentido, REZZONICO caracteriza a los créditos condicionales como una especie del género de créditos futuros y señala que todavía no tienen siquiera un germen de existencia, sino solamente una posibilidad de nacer cuando un suceso incierto se produzca.<sup>68</sup>

*"Se trata de conceptos próximos pero no idénticos. En los derechos condicionales hay una causa jurídica actualmente existente (el acto jurídico) si bien el nacimiento del derecho depende de un acontecimiento futuro e incierto; por ejemplo, la compañía de seguros pagará una indemnización si se produce el siniestro previsto en la póliza (...) Pero el concepto de eventualidad no es tan preciso. Al autorizar la cesión de créditos eventuales, el Código, a nuestro entender, ha aludido a aquellas hipótesis en las que podría dudarse si está configurado rigurosamente un crédito condicional; por ejemplo, la cesión del saldo favorable que eventualmente resulte para el tutor o curador de la liquidación de las cuentas de la tutela o curatela; la comisión que eventualmente resulte a un intermediario, de la*

<sup>67</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Cesión de créditos*, pág. 79, La Ley, Buenos Aires, 2002.

<sup>68</sup> REZZONICO, Luis M., *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil. Compraventa, permuta, trueque, cesión de derechos*, pág. 551, Depalma, Buenos Aires, 1963.

*venta u operación que se le ha encargado (...). En todos estos casos, el derecho cedido, aunque eventual y azaroso, tiene un fundamento objetivo serio. Pero a veces se trata de una pura eventualidad, de un derecho que no tiene ni siquiera un germen de existencia, sino solamente una posibilidad jurídica de nacer. Así por ejemplo, cabe preguntarse si pueden cederse los alquileres de un inmueble todavía no arrendado, los derechos de autor sobre una obra no compuesta, el crédito derivado de un trabajo que no se le encargó al cedente. Pensamos que el principio de que los derechos eventuales pueden cederse no debe llevarse a extremos tan ilógicos. Un contrato jurídico no puede tener por objeto una mera ilusión, un humo, una nada. Por este motivo, la jurisprudencia francesa (...) ha resuelto que los derechos de autor sobre una obra no compuesta no pueden cederse a menos que haya un contrato entre el autor y el editor y el primero haya asumido el compromiso de realizarla; que un contratista no puede ceder el crédito por un trabajo a realizar, mientras el trabajo no se le haya todavía encargado”<sup>59</sup>*

En definitiva pareciera que los créditos eventuales tienen mayor nivel de incertidumbre que los condicionales y que, por ende, no son exactamente idénticos a aquéllos. Dicha falta de identidad aparece corroborada por el hecho que el legislador mencionó ambas especies al enumerar, en el art. 1446 del Código Civil, los créditos susceptibles de ser cedidos.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 354, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

<sup>60</sup> Dicha conclusión no resulta alterada por el hecho que el legislador haya hecho referencia los créditos condicionales “o” eventuales, en tanto más adelante también hace referencia a los créditos a plazo “o” litigiosos, que claramente no son lo mismo.

Ahora bien, más allá de las distinciones doctrinarias (a veces más teóricas que prácticas), lo cierto es que, tanto los créditos futuros como los eventuales (ya sea que se los asimile o no con los condicionales), pueden ser cedidos conforme lo establecido por los ya citados arts. 1446, 1447 y 1448 del Código Civil.

La pregunta que se impone es si dichos créditos pueden ser cedidos en garantía o prendados.

## VII.2. ¿Se pueden preñar los créditos futuros? ¿Y los créditos eventuales?

Un concepto clave para entender el tema, y poder darle una respuesta al interrogante de este acápite, es el de “existencia” del crédito.

En la medida que los créditos existan, éstos podrán ser objeto de cesión y, eventualmente, también de prenda.

Ahora bien, ¿cuándo existe un crédito?; ¿los créditos futuros existen?; ¿y los eventuales?

Para resolver estos interrogantes, resulta fundamental traer a colación un claro y muy útil precedente dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D), en el cual se estableció una suerte de regla que, básicamente, prescribe que un crédito existe siempre y cuando tiene una causa fuente que lo origine, más allá de estar sometido a un plazo, a un álea, a una condición, a una eventualidad o, incluso, a un conflicto.

*“(...) los créditos existen cuando tienen una causa jurídica que los origina, cuando preexiste una ‘causa fuente’, en el sentido del CCiv. 499 (norma literalmente referida al concepto de ‘obligación’, pero que puede referirse al concepto de ‘crédito’, que es la contrapartida de aquél: ver CCiv. 496 y también CCiv. 566). Según el citado CCiv. 499, ‘no hay obligación sin causa’, por lo que (...) tampoco*

*hay crédito sin causa. Ergo, dada una causa existe un crédito —en tanto se trate de una causa adecuada, suficiente, lícita y válida, claro está—. El juicio lógico y jurídico sobre la existencia o inexistencia de un crédito, por tanto, no será posible a partir de la percepción sensorial (...) de tal objeto material; sino que deberá efectuarse a partir de la valoración de la existencia o inexistencia de una causa fuente de tal crédito (...). Por otra parte —y a diferencia de las cosas, que simplemente son o no son—, los créditos tienen diversas formas de existir, diversos modos de ser (...) 1) un crédito puede existir pura y simplemente (...); 2) un crédito puede existir sometido a plazo (...); 3) un crédito puede también existir sometido a otra modalidad: la condición, sea suspensiva o resolutoria (...); 4) (...) un crédito puede existir y ser litigioso (...); 5) Finalmente (...) un crédito puede existir eventualmente; esto es: tratarse de un crédito eventual (...).<sup>61</sup>*

Tomando este criterio de la existencia de un crédito en la medida que tenga una causa fuente, parece indudable que los créditos futuros (como han sido definidos más arriba) no existen (por lo menos actualmente) y, en consecuencia, no pueden ser objeto de un contrato de prenda. Volviendo al ejemplo de antes, es indudable que, si se ceden los derechos creditorios correspondientes a los alquileres de un inmueble aún no alquilado, no se podrá cumplir, por lo menos hasta que se concrete la locación, con la notificación al deudor cedido (que no está definitivamente identificado aún), ni tampoco con la entrega del título en donde conste el crédito al acreedor-cesionario

<sup>61</sup> CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585.

(en este caso, el contrato de locación que aún no se firmó y que, por lo tanto, ni siquiera consta aún por escrito).

Evidentemente, pretender que dicha cesión (válida como cesión simple de conformidad con lo dispuesto por el art. 1446 del Código Civil) pueda ser entendida como —y tener los efectos de— una prenda es inadmisibles en tanto no se encuentran cumplimentados los presupuestos requeridos a tales efectos por los arts. 3209 y 3212 del Código Civil.

*"(...) si bien es factible que los créditos sean dados en prenda (arts. 3204 y 3211 del Código Civil y 583 del Código de Comercio), para ello, deben constar en un título documentado (...) cuya posesión por el acreedor impida al deudor y titular de los derechos emergentes del mismo que pueda disponerlos, pues sólo así se cumple el desplazamiento que es la esencia de la prenda; o sea, que nunca pueden ser dados en prenda créditos futuros, que podrán o no nacer de alguna relación jurídica, contractual o no".<sup>62</sup>*

En el caso de los créditos eventuales, la cuestión es un tanto más complicada.

La "eventualidad" puede estar referida a la existencia misma del crédito o a su exigibilidad.

En el caso de los créditos eventuales en cuanto a su existencia misma, estamos hablando de los créditos que pudieran surgir de un contrato que aún no ha sido perfeccionado (volvemos al ejemplo de los créditos emergentes de los alquileres de un inmueble que aún no fue alquilado por el deudor-cedente). En este caso, es indu-

<sup>62</sup> Juzgado en lo Civil y Comercial de la 6° Nom. de Santa Fe, 3/8/1981, "Incidente de impugnación del informe individual del Síndico con respecto al crédito de Banco de Galicia y Buenos Aires promovido por el acreedor en el juicio "TECSA S.A. s/ concurso comercial preventivo", Expediente N° 805, año 1981.

dable que esta especie de créditos eventuales no pueden ser válidamente prendados, por las mismas razones expuestas al tratar el tema de los créditos futuros.

En el caso de los créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad la solución es diferente pues, al tener una causa y existir (aunque sujetos a un acontecimiento ulterior), son absolutamente "prendables".

*"(...) el crédito de exigibilidad eventual es aquel que: a) tiene una causa presente -pues de lo contrario no existiría-, pero b) para la exigibilidad del crédito (no ya para su existencia) esa causa requiere ser integrada con un elemento ulterior, previsto en el acto que fue causa del crédito.*

*Piénsese (...) en los derechos eventuales que tiene un autor, por una obra que no ha compuesto y que no le ha sido encargada; en los derechos creditorios eventuales de un operario que no realizó una obra que tampoco le fue encargada. Tales supuestos derechos eventuales son en verdad una nada jurídica, y son nada por la sencilla razón de que no tienen una causa fuente -en todo caso, existen sólo en la ilusión del sujeto de que se trate.*

*Pero si una persona encarga a un autor una obra literaria -y concierta un contrato de edición- o a un operario la construcción de una cosa -y convienen una locación de obra-, uno y otro caso constituyen la respectiva causa de los, por tanto, existentes derechos creditorios del autor y del operario. Claro que para exigir sus créditos ese autor y ese operario, aquella causa fuente requiere ser integrada por un elemento ulterior, previsto en el contrato causa del derecho: la obra debe ser escrita y el original dado, y el objeto de la construcción debe ser realizado y entregado.*

*El crédito de exigibilidad eventual existe -pues tiene una causa- y, por tanto, es susceptible de ser*

*dado en prenda con desplazamiento -cuando esa causa y el crédito consten por escrito, claro-, aún cuando no haya devenido exigible. Pues, como ya se ha visto, la ley no requiere que el crédito por someter a prenda sea exigible".<sup>63</sup>*

Tomando el ejemplo del autor de la obra literaria citado en el fallo transcrito, podemos advertir que es absolutamente posible cumplir, en tal caso, con los presupuestos de los arts. 3209 y 3212 del Código Civil.

Veamos por qué:

Primero, el crédito (o, mejor dicho, su causa fuente) consta por escrito. Ni más ni menos que en el contrato de edición.

Segundo, el deudor cedido está claramente identificado y es plenamente posible notificarlo. Es la persona que le encargó al autor la elaboración de la obra literaria en el contrato de edición.

Tercero, la entrega del título donde consta el crédito (o, mejor dicho, la causa fuente del mismo) al acreedor-cesionario es plenamente posible, sin perjuicio de que se la considere o no un presupuesto esencial para la existencia de la prenda.

Pues bien, como vemos, es plenamente posible ceder en garantía créditos eventuales, donde la eventualidad esté dada, no por su existencia (o causa fuente), sino por su exigibilidad (que para concretarse requiere un elemento ulterior) y que dicha cesión, por su parte, pueda ser interpretada como una prenda de créditos a favor del acreedor-cesionario.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585.

<sup>64</sup> "Por nuestra parte creemos que no existe inconveniente de constituir prenda sobre derechos futuros en tanto la eventualidad esté dada sobre la exigibilidad del crédito y exista un contrato con causa que carezca

*"En el caso de autos -que se asemeja, en cierto modo, a la hipótesis del operario que celebró la locación de obra por realizar-, Petrolífera El Carmen S.A. contrató con YPF. La primera se comprometió a extraer hidrocarburos, por cuya prestación recibiría la contraprestación de un precio a cobrar por sus labores. Sus derechos creditorios a ese precio existieron al tiempo de darlos en prenda al tercerista, pues a) ya tienen causa en el susodicho contrato, lo cual no desvanece como fuente de un derecho creditorio, aunque b) la exigibilidad del crédito requiriese que aquella causa fuese seguida por otro elemento: la prestación de extracción y entrega de los hidrocarburos extraídos.*

*Véase que es esencialmente diferente la posición de ese imaginario operario que no realizó una obra que no le fue encargada, y la situación de la Petrolífera que no había realizado la obra que sí le había sido encomendada. Aquel operario tendría en sus manos una 'nada jurídica', sencillamente; esta sociedad tenía derecho a imponer que se le permitiese ejecutar su labor, y a reclamar indem-*

*de eventualidad, aunque resulte necesario para que sea exigible que sea confirmada por otros actos ulteriores que deban ser cumplimentados por el deudor pignoraticio o bien por el cedente bajo un contrato de cesión de créditos en garantía" (RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, Garantías Modernas, pág. 84, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009). En similar sentido, aunque calificando como futuros a los créditos que aquí calificamos como eventuales con relación a su exigibilidad, RIVERA ha sostenido: "(...) no creemos que pueda existir objeción en nuestro derecho positivo a que la prenda de créditos o cesión de créditos en garantía pueda tener por objeto créditos futuros, con tal de que se efectúe la notificación al deudor cedido y se entregue el instrumento en el cual conste la causa fuente de la cual puede nacer el crédito" (RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867).*

*nizaciones en el caso de impedírselo YPF. Claramente, en este segundo supuesto hubo un 'algo jurídico' -a diferencia de aquella 'nada jurídica'-; esto es, existieron derechos personales creditorios de la ejecutada contra YPF; aunque, ciertamente, la exhibibilidad de la dación del precio de sus trabajos de extracción requería de la realización de esos trabajos (...) Adviértase -y esto es esencial para la dilucidación del asunto en examen- que esas tareas de extracción de los hidrocarburos y de dación de lo extraído, no constituyeron la causa jurídica de los derechos de Petrolífera El Carmen S.A. Esas labores fueron el efecto de la preexistencia de una causa; es decir, fueron la prestación debida por una de las partes del contrato a otra. Nótese que para el derecho argentino, el contrato es el fenómeno causal de los créditos (...); la conducta posterior de los contratantes es el efecto de aquel contrato.*

*Por lo tanto, la documentación de tales operaciones de dación de los hidrocarburos extraídos, y la 'facturación' de sucesivas cantidades de cosa extraída, fueron la instrumentación de una ejecución y no la causa del crédito que tal extracción hizo exigible a favor de la extractora y tradente".<sup>85</sup>*

#### VIII. LAS DISTINTAS MODALIDADES BAJO LAS CUALES PUEDE CELEBRARSE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS EVENTUALES (EN CUANTO A SU EXIGIBILIDAD) ENTENDIDA COMO PRENDA

Ya hemos visto que, en principio, y siempre y cuando se cumplan los presupuestos exigidos por los arts. 3209 y

<sup>85</sup> CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585.



3212 del Código Civil, la cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad es plenamente válida entre partes y oponible a terceros y podrá ser claramente calificada como una prenda de créditos.

A esta altura del análisis, corresponde examinar, por lo menos a título ejemplificativo, algunos de los supuestos que pueden presentarse en la realidad empresarial con relación a esta especie de contratos y, además, las distintas modalidades bajo las cuales suelen celebrarse los mismos.

### VIII.1. Distintos supuestos de prenda de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad

Pese a que son innumerables los créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad que pueden ser objeto de este tipo de garantía, a continuación se efectuará un detalle meramente ejemplificativo de algunos casos que se presentan con cierta frecuencia en la práctica empresarial:

Prenda de créditos actuales y eventuales en cuanto a su exigibilidad que el deudor-cedente (en su condición de comercio adherido a un sistema de tarjetas de crédito) pudiera recibir de su banco pagador por las ventas celebradas con tarjeta de crédito.

Prenda de créditos actuales y eventuales en cuanto a su exigibilidad que pudieran corresponderle al deudor-cedente por la ejecución de obligaciones previstas en un contrato marco o normativo (suministro, agencia, distribución, concesión, etc.).

Prenda de créditos actuales y eventuales en cuanto a su exigibilidad emergentes de los contratos en los cuales el deudor-cedente se ha obligado a prestar determinado servicio a cambio de cierta contraprestación.

Prenda de créditos actuales y eventuales en cuanto a su exigibilidad emergentes de contratos de alquiler, arrendamiento o leasing en los cuales el deudor-cedente revista la calidad de locador, arrendador o dador, respectivamente.

### VIII.2. Distintas modalidades de celebración de los contratos de prenda de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad

Las modalidades más comunes de instrumentación de la cesión de créditos en garantía, entendida como prenda, son dos.

El primer caso es el que, por razones de comodidad llamaremos "modalidad de garantía". Aquí las partes pueden establecer que los créditos cedidos (prendados) en garantía pueden ser cobrados por el acreedor-cesionario para aplicarlos a la cancelación de la deuda del deudor-cedente únicamente en el supuesto en que éste último incurriera en incumplimiento de sus obligaciones.

En el segundo caso, que llamaremos "modalidad de pago", en cambio, el acreedor-cesionario se encuentra facultado (quizás a través de un poder irrevocable) para ir percibiendo los créditos cedidos (prendados) del/los deudor/es cedido/s a medida que se hacen exigibles y aplicarlos a la reducción progresiva de la deuda garantizada.

No obstante lo anterior, el deudor-cedente continúa obligado hasta que se cancele la totalidad de la deuda garantizada (de lo contrario, estaríamos ante una dación de créditos en pago).

### IX. LA "EJECUCIÓN" DE LA GARANTÍA CONTRA EL DEUDOR-CEDEnte *IN BONIS* - LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN GARANTÍA (ENTENDIDA COMO PRENDA) Y SU CALIDAD DE GARANTÍA "AUTOLIQUIDABLE"

Antes de ingresar de lleno en el análisis de las contingencias que debe enfrentar el acreedor-cesionario de una cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad ante el concurso del deudor-cedente, corresponde mencionar cuáles son sus derechos en aquellos supuestos en que el deudor-cedente se encuentra *in bonis*.

A tales efectos corresponde analizar las normas contenidas en el Código Civil, con relación a la prenda civil, y las contenidas en el Código de Comercio, con relación a la prenda comercial y, además, el concepto de "pacto comisorio" en la prenda.

En el caso de la prenda civil, el art. 3222 del Código Civil establece con toda claridad la nulidad de cualquier pacto que autorice al acreedor a apropiarse de la cosa prendada o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en el Código Civil.

Como excepción a la prohibición del pacto comisorio antes mencionada, el art. 3223 del Código Civil permite que el acreedor y el deudor pacten que la cosa prendada quede en poder del primero, por una estimación de su valor realizada, no al momento de constituir la prenda, sino al momento del vencimiento de la deuda.

Esta sería la única variante de pacto comisorio permitida por el Código Civil, que, en general, contempla como únicas formas por las cuales el acreedor puede quedarse con la cosa prendada la compra en remate o en venta privada (admisibles sólo en aquéllos casos donde la cosa prendada tenga un valor menor a doscientos pesos<sup>66</sup>), pero siempre previa intervención judicial<sup>67</sup> y citación del deudor (Cfr. art. 3224).

En el caso de la prenda comercial, el Código de Comercio no contiene una norma similar al art. 3222 del Código Civil (que prohíba el pacto comisorio en la prenda). No obstante ello, la doctrina interpreta que la prohibición resulta aplicable en virtud de lo dispuesto por

<sup>66</sup> El valor en cuestión, absolutamente desactualizado, torna prácticamente inexistente la hipótesis de venta privada.

<sup>67</sup> "El procedimiento de ejecución de la prenda civil, conforme la doctrina clásica, requiere la ineludible citación del deudor para oponer excepciones y del dictado de una sentencia que mande a llevar adelante el remate" (LOIZA, Fabián M. - PICADO, Leandro S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982).

el art. 1 del Título Preliminar del Código de Comercio y por su art. 207.<sup>68</sup>

Sin perjuicio del principio que prohíbe el pacto comisorio, el Código de Comercio permite que las partes pacten otra forma de venta (sin intervención judicial).<sup>69</sup>

En tal sentido, el art. 585 dispone: "En defecto de pago al vencimiento, y cuando no se hubiera pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta privada de las cosas tenidas en prenda, en remate debidamente anunciado con diez días de anticipación. Si la prenda consistiese en títulos de renda, acciones de compañías u otros papeles negociables en las bolsas o mercados públicos, podrá hacerse la venta por medio de corredor, al precio de cotización al día siguiente del vencimiento".

Ahora bien, más allá de las formas de "venta" (privada) de la cosa prendada previstas en el Código de Comercio (mucho más simplificadas que el procedimiento de ejecución previsto en el Código Civil), lo cierto es que, en principio, ninguno de ellos contempla en su respectivo

<sup>68</sup> "El Código de Comercio no tiene norma expresa sobre el punto, aún cuando la generalidad de la doctrina hace aplicable el art. 3222 del Código Civil en razón de la supletoriedad establecida por el art. 1 del Título Preliminar y el art. 207, del Libro Segundo, del Código de Comercio" (ALEGRÍA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen 2, pág. 157).

<sup>69</sup> "El sistema del Código de Comercio es más flexible y notablemente más favorable para el acreedor prendario. La clave del sistema la otorga el art. 585, CCom., que prevé la posibilidad, ante el incumplimiento de la obligación principal -y en defecto de pacto distinto-, de que el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda, en remate, debidamente anunciado con diez días de anticipación. Estos requisitos (...) no son requeridos si se trata de papeles de comercio negociables a través de bolsas o mercados públicos" (LOIZA, Fabián M. - PICADO, Leandro S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982).

régimen de la prenda (pensado quizás para la prenda de cosas y no tanto para la prenda de créditos) la posibilidad de "apropiación" de la cosa prendada por parte del acreedor ante el incumplimiento del deudor.<sup>70</sup>

En efecto, tanto en uno como en otro régimen la regla es la prohibición del pacto comisorio.

Ahora bien, dicha prohibición, pensada —como dijimos— para el supuesto de prenda de una cosa, ¿es también aplicable para el caso en que el objeto prendado fuese un crédito?

Para responder a este interrogante es fundamental analizar el por qué de la prohibición del pacto comisorio en la prenda y, en su caso, determinar si la finalidad prevista por el legislador al establecer dicha prohibición resulta afectada en el caso de la prenda de créditos.

Como es sabido, la finalidad tenida en cuenta por el legislador para prohibir el pacto comisorio en la prenda fue proteger al deudor prendario de los abusos del acre-

<sup>70</sup> "El pacto comisorio, que autoriza al acreedor a apropiarse de la cosa en caso de incumplimiento de la obligación del deudor, es nulo en la prenda comercial, lo mismo que en la ley civil (art. 3222, Cód. Civil), existiendo asimismo coincidencia en la doctrina nacional sobre la aplicación de lo dispuesto por el art. 3222 del Cód. Civil en materia comercial (...) Estos principios generales no quedan enervados en materia comercial por el hecho de que el art. 585 del Cód. de Comercio autoriza al deudor y acreedor prendario a pactar un modo especial de enajenación, pues ello no puede jamás autorizar la apropiación directa de la cosa. Por el contrario, y como bien sostiene Malagarriga, debe entenderse que el art. 585 del Cód. de Comercio desconoce implícitamente la validez del pacto comisorio, al prever sólo los pactos que fijan un modo especial de enajenación, y por obviedad, la apropiación de la cosa dada en prenda no puede jamás quedar incluida como un 'modo especial de enajenación'" (NISSEN, Ricardo A., "Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria", LL 1995-C, 201).

edor en la determinación del valor de la cosa prendada con relación al monto de la obligación garantizada.<sup>71</sup>

Es decir, lo que se quiere evitar es, básicamente, que un acreedor a quien el deudor le debe \$ 100, por ejemplo, tenga la posibilidad de apropiarse, ante el incumplimiento de éste último, de una cosa que vale \$ 1.000.

De este modo, es indudable que el peligro (o los abusos) que el pacto comisorio implica cuando el objeto de la prenda son cosas se diluye cuando el objeto son créditos.

<sup>71</sup> "Es lógico que en una economía simple, basada en la actividad personal o primaria, el legislador haya tenido permanentemente en cuenta proteger al tomador de un préstamo con garantía de los posibles abusos de los usureros. El ejemplo más claro ocurría cuando el acreedor tomaba en garantía cosas muebles del deudor y se quedaba con ellas cualquiera fuera su valor, ante el incumplimiento del deudor. Esta figura, que se denomina comúnmente 'empeño' trataba de ser equilibrada con disposiciones legales (...), aunque en verdad no siempre lograban su objetivo (...)" (ALEGRÍA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen 2, pág. 160). "Hay para los derechos reales de garantía una consigna primordial: la prohibición del pacto comisorio. Se trata de una norma concebida para la protección de deudor, la cual le precave del abuso que significaría que el acreedor pudiera apropiarse de la cosa ante el incumplimiento. Se entiende el fundamento de la institución, aunque el codificador nos lo explique, más claramente, hablando de la prenda: 'Aún cuando se probase —dice en la nota al art. 3222 CCiv.— que la cosa no tiene un valor superior a la deuda que garantiza, no sería ésta una razón para autorizar el pacto comisorio. El precio de las cosas es variable, y si el objeto dado en prenda no valía tanto como la deuda a la época del contrato, puede valer mucho más a la época del pago. Si se autorizase el pacto comisorio bajo pretexto de que la prenda valía menos que la deuda, se daría margen a que los acreedores insertasen siempre esta circunstancia en los contratos. La tolerancia de la ley provocaría el dolo y haría multiplicar las convenciones que ocultasen los más graves abusos'" (DE REINA TARTIERE, Gabriel, "La prenda de dinero como garantía autoliquidable por excelencia", JA 2004-IV, 1366).

Y ello por una razón simple: cuando el objeto de la prenda es un crédito, su monto está determinado de antemano (en el caso de la prenda de créditos actuales) o, en todo caso, quedará determinado cuando desaparezca la eventualidad (en el caso de los créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad), no existiendo en ninguno de estos casos posibilidad de abuso del acreedor en la estimación del valor, dado que, obviamente, el valor del crédito depende de variables que exceden su órbita de actuación.

*"Es que tratándose de un crédito, el monto se encuentra predeterminado de antemano entre las partes constituyentes de la garantía. Ellas conocen ab initio cuál es el valor de ese crédito por lo que el peligro de una apropiación por un precio vil resulta imposible. Aquel acreedor de una prenda de créditos que -frente al incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor- resuelva ejecutar la garantía deberá, simple y sencillamente, cobrar el crédito; y el valor de ese cobro, repetimos, estará claramente determinado desde el nacimiento mismo de la garantía, circunstancia objetiva que permitirá evitar un abuso por parte de aquel que ejecute el bien".<sup>72</sup>*

*"La prohibición del pacto comisorio (art. 3222 C.C.) no tiene aplicación en la prenda de créditos, porque no existe entonces el riesgo de que el acreedor se apropie de la prenda por un valor diferente del valor que en realidad tiene. Así lo entiende la doctrina francesa frente a un texto similar (art. 2078, párr. 2º, C. Napoleón), en razón de que en este caso existe una cesión de crédito sujeta a la condición suspensiva de la falta de pago del cré-*

<sup>72</sup> LOIZA, Fabián M. - PICADO, Leandro S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982.

*dito garantizado a su vencimiento, de que cumplida esa condición se atribuye al acreedor prendario la propiedad del crédito prendado, y de que en tal caso el pacto comisorio no ofrece peligro alguno, pues el crédito prendado tiene un valor nominal y no puede ser subestimado (...).<sup>73</sup>*

*"(...) en tanto la cosa prendada es un crédito, no cabe duda de que resulta susceptible de autoliquidación por la identidad en cuanto a la especie (dinero) que tiene con el crédito otorgado por el acreedor. Por ello, ante la falta de previsión expresa, y en razón de la referida identidad de especie, debe conferirse el derecho para que el acreedor prendario por cesión de créditos en garantía pueda cobrar dicho crédito y compensar lo percibido sin intervención del deudor, pues exigir la promoción de la ejecución judicial del crédito no se compece con la finalidad buscada por las partes al constituir la garantía, esto es, con la seguridad y celeridad en el cobro, ni con la necesidad de tutelar el crédito".<sup>74</sup>*

Las razones expuestas alcanzan para concluir que, ante el incumplimiento del deudor-cedente, el acreedor prendario puede cobrar directamente los créditos del deudor cedido y, en su caso, aplicarlos directamente a la cancelación de la deuda garantizada, conforme lo pactado.

A todo evento, existen dos argumentos más que habilitan al acreedor prendario a proceder de tal manera:

<sup>73</sup> Juzgado Federal de 1º Instancia, Capital Federal, 6/10/1972, "Farmatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano", JA 1972-18, 4970.

<sup>74</sup> SÁNCHEZ CANNAVÓ, Sebastián - CRAMER, Gabriel G., "La cesión de créditos en garantía frente al concurso, insinuación del cesionario en el pasivo concursal del cedente", en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, pág. 493, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.

(i) El derecho del acreedor a cobrar directamente del deudor cedido surge de la acción oblicua del art. 1196 del Código Civil que habilita a los acreedores a ejercer todos los derechos de sus deudores, con excepción de aquéllos *intuitu personae*.<sup>76</sup>

(ii) Análogicamente, resultaría aplicable lo dispuesto por el art. 587 del Código de Comercio en cuanto prevé expresamente la facultad del acreedor prendario garantizado con títulos de crédito de cobrar el principal y los réditos de dichos títulos.

*“Operándose el vencimiento de la obligación principal, y aunque no hubiere pacto expreso, la doctrina se inclina por aceptar la posibilidad de que el acreedor de créditos nominales pueda percibirlos o ejecutarlos sin acudir al procedimiento del art. 3224 del Cód. Civil, que autoriza al acreedor a pedir la venta de la prenda en remate público con citación del deudor. Cabría aplicar en tal caso la posibilidad de intentar una acción oblicua a tenor del art. 1196 del Cód. Civil, o la del art. 587 del Cód. de Comercio por extensión analógica”*.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> “Existe otro argumento que autoriza a ejecutar directamente el crédito en casos de prenda de tales derechos. Sostiene Borda que el sistema de ejecución judicial previsto en el art. 3224 no es aplicable a la prenda de créditos sino solamente a las cosas en sentido propio. Indica el respetado tratadista que en cuanto a los créditos prendarios el acreedor se limita a cobrar el crédito que recibe en prenda; aunque este derecho no ha sido previsto expresamente en materia de prenda, surge obviamente de la acción oblicua que confiere a los acreedores el art. 1196” (LOIZA, Fabián M. – PICADO, Leandro S., “La prenda de créditos como garantía autoliquidable”, JA 2008-IV, 982).

<sup>78</sup> BENSEÑOR, Norberto R., “Algo más sobre cesión y prenda de créditos”, Revista del Notariado 1986:655.

*“Si bien los arts. 3222 del Cód. Civil y 585 del Cód. de Comercio prohíben, como regla general, la aplicación del pacto comisorio a la prenda, con el fin de evitar posibles abusos de los acreedores en la determinación del valor del bien prendado frente al monto de la obligación garantizada, estos preceptos devienen inaplicables a la prenda de créditos en los casos en que el acreedor percibe el crédito cedido y aplica el producido a la cancelación de la obligación garantizada. Así, en el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor prendario está facultado para cobrar el crédito prendado, en los términos de los arts. 3231 del Cód. Civil y 587 del Cód. de Comercio”*.<sup>77</sup>

*“(…) el acto de percibir el crédito por el acreedor prendario de créditos no es un acto inoponible a la masa en los términos del art. 16 de la ley de concursos. Ello así por cuanto esa prenda –constituida antes de la presentación– es una garantía autoliquidable (...) Por ende el acreedor pudo percibir el crédito, no obstante a ello que el crédito estuviese instrumentado en facturas, pues la solución del art. 587 del cód. de comercio debe ser aplicada por analogía (art. 16, cód. civil) (...)”*.<sup>78</sup>

Todo lo expuesto coloca a la cesión de créditos en garantía (celebrada como prenda) en la categoría de garantías denominadas “autoliquidables”<sup>79</sup>, que han sido definidas por ALEGRÍA como aquellos “negocios de garantía, generalmente subsumibles en la prenda con desplazamiento, en los

<sup>77</sup> PODREZ YANIZ, Javier A., “La prenda de créditos: cuestiones de lege lata”, ED 213:610.

<sup>78</sup> RIVERA, Julio C., “La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente”, ED 173:445.

<sup>79</sup> Cfr. LOIZA, Fabián M. – PICADO, Leandro S., “La prenda de créditos como garantía autoliquidable”, JA 2008-IV, 982.

cuales: (a) la realización de la cosa y su aplicación al crédito garantizado se efectúan en forma extrajudicial y por un procedimiento que asegura su liquidación inmediata; o (b) alternativamente, se permite una estimación del valor de la cosa según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero por ese precio".<sup>80</sup>

De este modo, ya sea en su modalidad de pago como en la de garantía, la cesión de créditos en garantía celebrada como prenda habilita al acreedor a cobrar directamente los créditos cedidos en el momento pactado (periódicamente o ante el incumplimiento del deudor-cedente) e imputarlos a la cancelación de la deuda principal.

## X. LA CESIÓN DE CRÉDITOS EVENTUALES EN CUANTO A SU EXIGIBILIDAD EN GARANTÍA FRENTE AL CONCURSO PREVENTIVO DEL DEUDOR-CEDENTE

Luego de haber analizado la situación del acreedor garantizado con una cesión de créditos en garantía frente a un deudor-cedente *in bonis*, corresponde -ahora sí- analizar cuál es la situación que se configura ante la presentación en concurso preventivo del deudor-cedente y, en tal caso, cuáles son las contingencias que el acreedor-cesionario debe enfrentar para lograr el recupero exitoso de su acreencia.

### X.1. Oponibilidad al concurso - Ineficacia (art. 16 de la Ley 24.522)

Una de las cuestiones que pueden suscitarse con relación a una cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto

<sup>80</sup> ALEGRÍA, Héctor, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen 2, pág. 152.

a su exhibibilidad frente al concurso preventivo del deudor-cedente gira en torno a su oponibilidad.

El art. 16 de la Ley 24.522 (en adelante, "LCQ"), en cuanto interesa a los efectos del presente, establece, primero, que el concursado no puede realizar actos que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a su presentación en concurso y, segundo, que el concursado debe requerir autorización judicial previa para realizar actos que excedan la administración ordinaria de su giro comercial y, entre otros, para constituir prendas. De lo contrario, dichos actos serán ineficaces de pleno derecho (Cfr. art. 17 de la LCQ).

Es importante destacar que las limitaciones del art. 16 de la LCQ resultan aplicables a partir de la presentación del deudor en concurso preventivo y no desde que el tribunal interviniente disponga su apertura. Ello, por cuanto los efectos de la apertura se retrotraen al momento de la presentación en concurso, conforme se deduce de los arts. 17, 19 y 21, inc. 3, de la LCQ.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> "Es que si bien las limitaciones que emanan del art. 16 de la actual ley de concursos, son un efecto de la apertura, producida ésta se retrotraen a la presentación. En otras palabras: desde la presentación en concurso, el deudor no puede cambiar la situación de acreedores de causa o título anterior a la presentación, ni realizar actos de disposición o que excedan la administración ordinaria, aún cuando la apertura se produzca después. De no admitirse esta interpretación resultaría que el deudor podría pagar a un acreedor quirografario o constituir una garantía real aún después de la presentación siempre que fuesen anteriores a la apertura; solución que no parece compatible con la norma del art. 16 LC que pretende cristalizar el pasivo y producir el efecto del desapoderamiento atenuado (propio del concurso preventivo), a partir de la fecha cierta de la presentación del concurso preventivo" (RIVERA, Julio C., "La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente", ED 173:445). En similar sentido: FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Las medidas cautelares concursales sobre cheques diferidos ante

En este contexto, una de las cuestiones más relevantes en cuanto a este tipo de garantías que tienen como objeto créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad (a veces, mal llamados "futuros") es determinar cuándo se produce la transmisión de la tenencia (o cuasi tenencia) de los créditos cedidos en garantía, dado que la solución difiere si se entiende que estamos ante una transmisión única que se produce con la constitución misma de la prenda (aunque los créditos permanezcan eventuales en cuanto a su exigibilidad) o si se interpreta que estamos ante sucesivas transmisiones que tienen lugar a medida que los créditos eventuales se van tornando ciertos o, mejor dicho, exigibles.

Teniendo en cuenta ambos aspectos, analizaremos a continuación las distintas situaciones que pueden configurarse:

***i) Constitución de la garantía, existencia de los créditos y cobro antes de la presentación en concurso***

En esta hipótesis, la cesión de créditos eventuales en cuanto su exigibilidad se perfeccionó antes de la presentación en concurso del deudor-cedente, dichos créditos tenían existencia (en los términos expuestos en el capítulo VII del presente) también antes de ese momento y, además, el incumplimiento del deudor-cedente y el cobro de los créditos cedidos y su posterior aplicación a la cancelación de la deuda garantizada ocurrieron también antes de la presentación en concurso del deudor-cedente.

En este caso, la cuestión parece bastante sencilla toda vez que se trata de una situación "consumada" antes de la presentación en concurso del deudor-cedente sobre la cual, en principio, el juez concursal no tiene facultades

el concurso preventivo", Doctrina societaria y concursal, Año XXII, Tomo XXI, Nro. 256, marzo 2009; MOSSO, Guillermo G., "Tratamiento concursal de los cheques de pago diferido", ED 186:1200.

de revisión ni control, salvo que se configure una hipótesis de fraude o simulación, en cuyo caso los interesados podrán interponer las acciones pertinentes (de simulación o pauliana) reguladas en el Código Civil, pero no solicitar una declaración de ineficacia de pleno derecho en los términos del art. 17 de la LCQ, dado que no existirá en este supuesto infracción a lo dispuesto por el art. 16 de la LCQ.

*"Las facultades del juez del concurso no alcanzan a aquellos actos ya consumidos y que al tiempo de la presentación en concurso ya se encuentran consolidados. En este orden de ideas no haremos lugar a la medida cautelar respecto de aquellos cheques de pago diferido ya cobrados por los bancos en cuestión al momento de la presentación en concurso. Distinta es la situación de aquellos cheques de pago diferido en poder de ambos bancos al momento de la presentación concursal y cuyo vencimiento -y cobro- se encontraba o se encuentra aún pendiente. En estos casos la solución para ser justa requiere de nuestra intervención".<sup>82</sup>*

<sup>82</sup> Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Ciudad de Mendoza, autos 6474, "San Pablo p/ conc. prev.", inédito (citado por BORETTO, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, pág. 178, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª edición, 2006). En similar sentido: "Por un lado, las cesiones de derechos en garantía celebradas por la concursada y el recurrente tuvieron lugar antes (...) de la presentación en concurso de Foxman Fueguina S.A. (...) Y, por otro (...) una parte de los cobros de las facturas cedidas se produjo con anterioridad a la solicitud de formación en concurso y, el resto, acaeció de modo previo a la apertura (...). En las condiciones descriptas no corresponde someter al recurrente al procedimiento de verificación previsto por el régimen concursal (...) pues sencillamente a la fecha de resolución de apertura el crédito de que se trata ya se había extinguido. Finalmente, estíbase,

**ii) Constitución de la garantía y existencia de los créditos antes de la presentación en concurso / Cobro luego de la presentación en concurso**

En esta hipótesis, la cesión de créditos eventuales en cuanto su exigibilidad se perfeccionó antes de la presentación en concurso del deudor-cedente, y dichos créditos tenían existencia (en los términos expuestos en el capítulo VII del presente) también antes de ese momento.

No obstante, al momento de la presentación en concurso del deudor-cedente, los créditos (o parte de ellos) aún no se tornaron exigibles y, en consecuencia, el acreedor cesionario aún no percibió dichos créditos (o parte de ellos<sup>83</sup>) de los deudores cedidos y, por ende, aún no los aplicó a la cancelación de la deuda garantizada, pese al incumplimiento del deudor cedente (anterior al concurso o acelerado en los términos de los arts. 572 y 753 del Código Civil).

En este caso, a diferencia de la hipótesis anterior, podría suscitarse una discusión sobre cuándo opera la

*que la cesión de créditos, y la posterior percepción de las sumas correspondientes, no pueden considerarse actos prohibidos en los términos del art. 17 de la Ley 19.551 (entonces vigente) pues las conductas allí reprochadas, además de referirse al concursado, requiere como presupuesto que las mismas se verifiquen cuando el concurso se encuentre abierto" (CNCom., Sala E, 4/4/1997, "Foxman Fuego S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de restitución de fondos", ED 173:446). De todos modos, resulta criticable que este último fallo haya señalado que las limitaciones del art. 16 de la LCQ rigen a partir de la apertura, en tanto las mismas rigen a partir de la presentación en concurso. Con excepción de esta salvedad el criterio del fallo es plenamente aplicable al caso analizado.*

<sup>83</sup> Con relación a los créditos percibidos antes de la presentación en concurso del deudor cedente resultará aplicable la solución propuesta en el capítulo anterior, dado que se trata de situaciones consumadas sobre las que no debería haber injerencia del juez concursal.

transmisión de la tenencia de los créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad cedidos en garantía por el deudor-cedente (ahora concursado) a favor del acreedor cesionario.

Al respecto, existen dos soluciones posibles:

**(ii).1. Hay una única transmisión que opera al momento de constituir la prenda**

Como dijimos en el capítulo VII del presente, un crédito existe siempre y cuando tiene una causa fuente que lo origine (Cfr. art. 499 del Código Civil). Y, justamente, una de las formas en que puede existir un crédito es la eventualidad en cuanto a su exigibilidad.

Dichos créditos son aquéllos que, si bien reconocen una causa fuente que los genera (ya concretada)<sup>84</sup>, aún no son exigibles porque dependen para ello de una eventualidad que aún no ha ocurrido (por ejemplo, el caso del autor que ya suscribió un contrato de edición pero que aún no comenzó a escribir la obra por la cual la otra parte se comprometió a pagarle un precio según las distintas etapas de avance de los trabajos).

En este caso, reiteramos, es perfectamente posible cumplir con los presupuestos exigidos por los arts. 3209 y 3212 del Código Civil para que exista una prenda de los créditos eventuales mencionados, ya que: (i) la causa fuente del crédito consta por escrito; (ii) el deudor cedido está claramente identificado y es posible notificarle la cesión; y (iii) la entrega del título donde consta el crédito cedido (o, mejor dicho, su causa fuente) es perfectamente posible (independientemente de la discusión sobre su necesidad habida cuenta de lo dispuesto por la nota al art. 3209 del Código Civil).

<sup>84</sup> Por ejemplo, un contrato de distribución, suministro, etc., del cual puedan surgir créditos a favor de una de las partes.



En este contexto, siempre y cuando se hubiera cumplido con los presupuestos mencionados antes de la presentación en concurso del deudor-cedente, la prenda en cuestión será absolutamente oponible al concurso y los créditos (o, mejor dicho, su tenencia) se habrán transmitido al acreedor-cesionario al momento de constituirse la prenda y notificarse al deudor cedido en debida forma (esto es, antes del concurso), independientemente de que, más adelante, se tornen en créditos exigibles.

*"Respecto de los derechos eventuales se ha considerado tradicionalmente que su gestación completa o maduración definitiva no les confería retroactividad. Como regla general carecería de asidero la retroactividad por cuanto la relación jurídica no estaría completamente formada sino a partir del momento en que ocurre el evento faltante. Sin embargo, por la confluencia de otros principios, algunas veces la eficacia de la relación jurídica se remonta hacia el pasado. Existen casos, efectivamente, en que la eficacia del derecho eventual se retrotrae a un período anterior. DEMOGUE (...) ensayó una sistematización más avanzada, afirmando que en toda la medida necesaria para dar fuerza al derecho frente a terceros, el titular del derecho eventual tendrá la prerrogativa que ha de tomar inmediatamente, aunque el derecho no llegue a ser ejecutable sino más tarde; y agrega que en el campo de los derechos reales, oponibles erga omnes, el derecho eventual asegura un rango desde el primer momento (...) Bajo este enfoque especial de la validez de prendas, cuyo efecto pignoraticio son créditos eventuales cabe reiterar que la constitución de la prenda no tiene por sí sola la virtud de transformar el carácter eventual del crédito prendado, el cual, por tanto, sigue siendo pendiente, inejecutable y eventual, mientras*

*no ocurra el evento respectivo. En el caso, hasta tanto la deudora prendaria 'Petrolífera El Carmen S.A.' no cumpliera la prestación convenida de extraer y entregar hidrocarburos a Y.P.F., el crédito pignorado seguiría exhibiendo el carácter eventual que tenía al momento de ser prendado. El cumplimiento del evento, en el supuesto de ocurrir, daría a la prenda el rango prioritario sobre el embargo trabado con ulterioridad, en virtud de la eficacia retroactiva antes indicada".<sup>85</sup>*

Es interesante señalar que esta interpretación ha sido seguida por la jurisprudencia y doctrina españolas y, en tal sentido, podemos citar un fragmento de un fallo cuya claridad es asombrosa:

*"(...) la Ley concursal no resuelve todos los problemas que se pueden plantear en la práctica. Como se ha señalado, no están claras las consecuencias de una eventual cesión global anticipada de créditos futuros en garantía cuando el cedente es declarado en concurso. El acreedor pignoraticio siempre pretenderá ejecutar los créditos futuros surgidos una vez declarado el concurso por haber nacido ya pignorados con arreglo a la prenda constituida. Contrariamente, lo que pretenderán los restantes acreedores es que los créditos futuros se integren en la masa activa libres de gravámenes. A este respecto, un sector doctrinal, al que se une este Juzgador, se muestra favorable a establecer algunas diferencias según los casos. En este sentido, se ha defendido que si al convenirse la cesión anticipada o, al menos, antes de la fecha del concurso estaban ya celebrados el contrato o los contratos duraderos*

<sup>85</sup> GUASTAVINO, Elías, "Derecho real de prenda sobre un crédito eventual", ED 153:585.

*(y. gr. de suministro) fuente de los créditos futuros objeto de la cesión global en garantía, tales créditos nacerán pignorados, a pesar de generarse tras el concurso, con base en la expectativa de pignoración transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio. Y se producirá lo contrario (integración en la masa activa del concurso) con los créditos que nazcan de contratos que, aunque contemplados ya al tiempo de pactarse la cesión anticipada en garantía como fuente de créditos objeto de pignoración, no se hayan perfeccionado antes de la fecha del concurso”.*<sup>86</sup>

Por su parte, y pese a que aún no está en vigencia<sup>87</sup>, también es interesante señalar que la *Convención de las Na-*

<sup>86</sup> Juzgado Mercantil Número 1 de las Palmas, 15/9/2005, “Incidente Concursal número 54/2005, surgido en el Procedimiento de Concurso de Acreedores número 6/2004”. En idéntico sentido: “Si en el momento de la cesión, o en todo caso antes de la fecha de la quiebra, se hubiera ya celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada -este es el caso, además de los créditos sometidos a condición suspensiva o término inicial, de los créditos que vendrán a surgir de relaciones obligatorias duraderas ya existentes-, el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición de su patrimonio, y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra. En la hipótesis contraria -cesiones anticipadas de créditos que nacerán de contratos de compraventa, obra, arrendamiento, etc. proyectados, pero aún no celebrados-, el crédito de que se trate nacerá en cabeza del cedente, y, puesto que entonces estará ya éste privado de la libre disposición de sus bienes, se integrará el crédito en la masa de la quiebra” (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cesión de créditos”, ADC 1988, T II, pág. 1095).

<sup>87</sup> Únicamente ha sido ratificada por Liberia y firmada por Luxemburgo, Madagascar y Estados Unidos de Norteamérica ([www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org)).

*ciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional* adopta un criterio similar al propuesto e, incluso, va un poco más lejos dado que lo establece con relación a cesiones de “créditos futuros”.

En tal sentido, en su artículo 8, la citada convención establece como principio que “*la cesión de uno o más créditos futuros* [definidos en el art. 5 como aquéllos que nazcan después de celebrarse el contrato de cesión] *surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de transmisión*”.

**(ii).2. Hay una pluralidad de transmisiones que se van concretando a medida que los créditos cedidos van perdiendo la eventualidad**

Otra interpretación posible es entender que la transmisión de la tenencia de los créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad al acreedor cesionario sólo opera en la medida que dichos créditos se van tornando exigibles.

Siguiendo con el ejemplo anterior, la tenencia de los créditos emergentes de los pagos según las distintas etapas de avance de los trabajos relativos a la obra encargada al autor no se transmitiría en forma anticipada al ceder los derechos creditorios emergentes del contrato de edición, sino que, por el contrario, se iría transmitiendo a medida que se vayan tornando exigibles.

De este modo, si tuviéramos una cesión en garantía de este tipo de créditos y el deudor-cedente se presentara en concurso luego de haberla celebrado, los únicos créditos que estarían alcanzados por la prenda serían aquéllos que se hubieran tornado exigibles antes de la presentación en concurso y con relación al resto de los créditos regirían las limitaciones del art. 16 de la LCQ.

*“La validez de la transmisión de créditos futuros está supeditada a la condición de que lleguen a existir, momento a partir del cual quedan automáticamente cedidos, aún cuando la notificación al*

*deudor cedido sea anterior a la individualización. Apenas esos créditos entran a la existencia, el deudor cedido ya sabe que su nuevo acreedor es la empresa de factoring que es cesionaria de la deuda. En tal supuesto, en el momento que surja el crédito, el cesionario se convierte de modo automático en titular del mismo. Y esto por la eficacia traslativa -consensual- de la cesión, la que era perfecta desde la celebración. La traslación se hace efectiva inmediatamente en el momento que el crédito nace, ya sea que se cedere a título de compraventa, permuta o donación.”<sup>88</sup>*

A nuestro entender, esta interpretación resulta razonable en cuanto a la cesión en garantía de créditos futuros, pero no en cuanto a la cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad, dado que, en este último caso -a diferencia del primero-, los créditos “existen” desde la celebración del contrato que les sirve como causa fuente y, en consecuencia, a partir de allí pueden ser objeto de cualquier negocio jurídico válido, oponible y eficaz (y entre ellos, la constitución de una prenda).

De todos modos, sin perjuicio de aceptar -como proponemos- que existe una única transmisión de la tenencia de los créditos eventuales cedidos en garantía<sup>89</sup>, no puede perderse de vista que, igualmente, en la hipótesis analizada en el presente, estaríamos ante una situación no consumada ni consolidada antes de la presentación en concurso, toda vez que -recordamos- por más que la transmisión se hubiera concretado antes de la presentación en concurso, lo cierto es que el cobro aún no se ha producido (por lo menos en su totalidad).

<sup>88</sup> SCHÖTZ, Gustavo, “Reconocimiento judicial de la cesión global anticipada de créditos futuros (‘factoring global’)”, LL 2002-E, 762.

<sup>89</sup> Dicha transmisión tiene lugar al momento de constituir la prenda -siempre y cuando se cumpliera con los presupuestos exigidos por el art. 3209 del Código Civil-.

Esta última circunstancia determina que el juez del concurso tenga potestades revisoras o, más bien, de control sobre el cobro y aplicación de fondos que pretenda realizar el acreedor-cesionario de conformidad con la garantía otorgada por el deudor-cedente cuando estaba *in bonis*.

Ahora bien, el hecho que el juez del concurso tenga potestades de revisión y control no determina que éste necesariamente deba autorizar la constitución de la prenda en los términos del art. 16 de la LCQ, porque -reiteramos- dicha autorización correspondería en caso que la prenda se hubiera constituido luego de la presentación en concurso pero no antes, como en este caso.

Sin embargo, lo que el juez del concurso sí puede controlar y revisar es que no se produzca una infracción a la otra limitación contenida en el art. 16 de la LCQ referida al principio de este capítulo. Esto es que, mediante el cobro y aplicación de los créditos cedidos no se esté concertando una violación al principio de la *pars conditio creditorum* a favor del acreedor-cesionario y en perjuicio del resto de los acreedores concurrentes.

Es decir, lo que el juez del concurso puede (y debe) controlar es que no se esté configurando una situación de alteración de la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación en concurso del deudor.

*“Sobre esta premisa, el juzgador, no obstante haberse perfeccionado la prenda de manera preconcursal, tiene la facultad de intervenir en impedir que el acreedor prendario se cobre directamente del tercero librador sin ningún control, pues ello podría afectar la pars conditio creditorum”.*<sup>90</sup>

Cómo y cuándo debe ejercerse ese control y de qué modo debe concretarse el cobro y aplicación de los créditos cedidos es una cuestión que será analizada más adelante en el acápite 2 del presente capítulo.

<sup>90</sup> BORETTO, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, pág. 189, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1ª edición, 2005.

**iii) Constitución de la garantía antes de la presentación en concurso / Existencia de los créditos y cobro luego de la presentación en concurso**

En esta hipótesis, si bien la constitución de la garantía es anterior a la presentación en concurso del deudor-cedente, la existencia de los créditos cedidos (en los términos analizados en el capítulo VII) ocurre con posterioridad a dicha presentación, al igual que el cobro de los mismos. Sería el caso de una prenda de créditos futuros (diferentes a los eventuales en cuanto a su exigibilidad) que, conforme lo analizado en el capítulo VII, no tendría manera de haberse perfeccionado y ser oponible a terceros antes de la presentación en concurso.

De este modo, dicha prenda no será oponible al concurso, tal y como si, en los hechos, hubiera sido celebrada y perfeccionada luego de la presentación en concurso.

En el mejor de los casos se podrá entender que la prenda en cuestión recién existe cuando existen los créditos (y siempre y cuando se cumplan los presupuestos de los arts. 3209 y 3212 del Código Civil), lo cual -reiteramos- sería posterior a la presentación en concurso del deudor-cedente y, en consecuencia, para ser válida y oponible, además de los requisitos comunes, requerirá autorización judicial en los términos del art. 16 de la LCQ.

**(iv) Constitución de la garantía, existencia de los créditos y cobro luego de la presentación en concurso**

En esta hipótesis, donde todo tiene lugar luego de la presentación en concurso del deudor-cedente, es indudable que, para ser válida y oponible, la constitución de la prenda en cuestión deberá transitar los carriles del art. 16 de la LCQ.

*"Así las cosas, toda vez que no se ha concretado la celebración de estos contratos, ellos aún no han producido sus efectos. Pero su perfeccionamiento definitivo sí repercutirá en el patrimonio del cliente, máxime si este último ha formulado su pedido de concurso. Es por ello que, el cliente concursado, sólo podrá continuar en adelante con la negociación de los contratos en los términos de la ley 24522. Es que, habiéndose abierto el proceso preventivo, el deudor ha tomado estado de concursado con lo cual el juzgador puede desplegar en su plenitud sus facultades jurisdiccionales en el marco de la ley falimentaria".<sup>91</sup>*

**X.2. Vías de inclusión en el pasivo concursal**

Como venimos proponiendo en el presente, la cesión de créditos en garantía debe ser entendida como una prenda de créditos siempre que se hubieran cumplido los presupuestos previstos por los arts. 3209 y 3212 del Código Civil.

Y si dichos presupuestos se hubieran cumplido, además, antes de la presentación en concurso, el acreedor garantizado con dicha prenda podrá oponerla frente a los demás sujetos del proceso concursal (Cfr. art. 1464 del Código Civil<sup>92</sup>) y la misma le conferirá el privilegio especial prendario previsto en los arts. 239 y 241, inciso 4°, de la LCQ.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> BORETTO, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, pág. 192, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1° edición, 2005.

<sup>92</sup> Art. 1464, Código Civil: *"En caso de quiebra del cedente, la notificación de la cesión, o de la aceptación de ella, puede hacerse después de la cesación de pagos; pero sería sin efecto respecto de los acreedores de la masa fallida, si se hiciera después del juicio de la declaración de quiebra"*.

<sup>93</sup> *"El acreedor podrá ejercer el privilegio propio del crédito con garantía prendaria si ha notificado al deudor cedido y si se ha entregado el"*

Dicho privilegio -como tal- le confiere al acreedor, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3875 del Código Civil, el derecho para ser pagado con preferencia a otro/s acreedor/es del deudor.

Además, es importante tener presente que el acreedor garantizado con una prenda de créditos, en tanto acreedor privilegiado, goza del beneficio previsto por el art. 19 de la LCQ, a diferencia de los acreedores quirografarios que deben soportar la suspensión de los intereses de sus respectivos créditos a partir de la presentación en concurso del deudor.

Hasta aquí todo parece claro.

Sin embargo, al no estar la cesión de créditos en garantía (en tanto prenda) contemplada expresamente en la LCQ, una de las cuestiones que deben enfrentar los acreedores-cesionarios (que aún tienen créditos por cobrar del deudor cedido) ante la presentación en concurso del deudor-cedente es decidir qué vía utilizar a los efectos de legitimar (y hacer oponible) su crédito y privilegio frente a la masa de acreedores.

En tal sentido, la LCQ prevé dos vías diferentes de inclusión en el pasivo concursal para aquellos acreedores cuyos créditos estén garantizados con una prenda.

En primer lugar, una lectura armónica de los arts. 32 y 21 de la LCQ determina que los acreedores munidos de garantías reales (entre las que, obviamente, figura la prenda) pueden iniciar la "ejecución judicial" de dichas garantías o continuar las que, a la fecha de presentación en concurso del deudor, ya estuvieran en trámite, con la sola limitación de que, para poder "rematar la cosa gravada", deben haber presentado el pedido de verificación de su crédito y privilegio ante la sindicatura (sin necesi-

<sup>94</sup> Documento en que consta el crédito antes de la presentación en concurso o quiebra" (RIVERA, Julio C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867).

dad de aguardar el informe individual ni la resolución verificatoria<sup>94</sup>).

Sin perjuicio de la facultad mencionada, cabe destacar que la suerte final de la ejecución hipotecaria o prendaria quedará necesariamente ligada a la sentencia verificatoria<sup>95</sup> y dicha circunstancia justifica que algunos interpreten que, previo al retiro de fondos obtenidos en la subasta, el acreedor deba prestar fianza en los términos del art. 209 de la LCQ.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> "Presentada la demanda de verificación a que se refiere el art. 32, LCQ, cesa, como se dijo, toda suspensión y, sin que sea menester esperar el resultado de la insinuación, ya que la ley no lo exige, el acreedor de un crédito con garantía real puede incoar la ejecución respectiva o, en su caso, proseguir la ya iniciada ante el mismo tribunal de radicación, bastándole al efecto presentar en esa sede judicial el duplicado de la petición de verificación con constancia de su recepción por el síndico" (HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 564, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000).

<sup>95</sup> "Este sistema posibilita la coexistencia de un proceso ejecutivo (la ejecución de la garantía real) con un proceso de conocimiento (la verificación del respectivo crédito), debiendo advertirse que la decisión que se dictase en el primero produce efecto de cosa juzgada formal, en tanto la del segundo cobra autoridad de cosa juzgada material. Así, ésta tiene preeminencia sobre aquélla en caso de discordancia. Si este fuera el caso -en el proceso de verificación, sentencia posterior y contraria a la ejecución ya despachada-, las cosas deben volverse a la situación anterior: si se está a tiempo, evitando la liquidación del bien; y si ya fuese tarde, por la vía indemnizatoria sustitutiva" (ROUILLON, Adolfo A. N., "Las ejecuciones de garantías reales y el fuero de atracción del concurso preventivo del deudor", LL 1998-E, 107). En idéntico sentido: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 566, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>96</sup> "Presentado el pedido de verificación y continuada -o iniciada- la ejecución hipotecaria o prendaria, ésta queda subordinada a aquella,

En segundo lugar, el art. 23 de la LCQ establece que los acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada deben rendir cuentas en el concurso acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los 20 días posteriores a la realización del remate, y reintegrar el eventual remanente.<sup>97</sup>

Dicho procedimiento de rendición de cuentas (que se sustancia por la vía incidental con intervención de la sindicatura y del concursado) suple, en estos casos, el pedido de verificación contemplado en el art. 32 de la LCQ.<sup>98</sup>

*pues si la verificación ya fue decidida la ejecución queda supeditada a ella, y si estuviese pendiente el juez podrá exigirle al acreedor, previo al cobro de su crédito, fianza suficiente por la eventualidad del resultado de su pretensión verificatoria (analog. arts. 126, segundo párr., 209, LCQ)* (GRAZIABILE, Darío J., "Los créditos con garantía real en el concurso preventivo. Problemas y soluciones", LL Suplemento Concursos y Quiebras, septiembre 2004). En similar sentido: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 566, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>97</sup> Además, la norma establece que, si hubiera comenzado la publicación de los edictos del art. 27 de la LCQ antes de la publicación de los avisos del remate no judicial, el acreedor debe presentarse ante el juez del concurso preventivo del deudor comunicando la fecha, lugar y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito.

<sup>98</sup> "(...) dicho trámite -al que la propia ley denomina 'de venta extrajudicial' (art. 39 ya citado)- no resulta abarcado por la previsión del art. 22, inc. 1°, de la ley 19.551, razón por la cual no rige en el caso la obligación de verificar el crédito en el concurso que esta última norma legal impone, la que -por lo dicho- sólo alcanza a los procesos en los que se ejecuta judicialmente el derecho real de garantía" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/5/1987, "Banco Financiero Argentino S.A. c/ Criaderos y Semilleros Rumbo S.C.A. y otros", Fallos 310:928). "No se desconoce que por imperio de la ley 24522:23 las ins-

Se ha interpretado que los acreedores que pueden acudir a este procedimiento son únicamente aquéllos cuyas

*tuciones y acreedores facultados a ejecutar mediante remate no judicial el bien objeto de la garantía se encuentran excluidos de la carga de verificar (...), en realidad, lo hacen de una manera elíptica, al formular la rendición de las cuentas previstas en la norma* (CNCom., Sala B, 16/5/2008, "Pol Sudamericana S.A. s/ concurso preventivo", inédito); "Si el peticionario denunció la realización de un remate extrajudicial en los términos de la ley 24522:23 y presentó la rendición de cuentas respectiva, que se encuentra pendiente de aprobación, resulta improcedente que el magistrado resuelva intimar al acreedor a verificar el crédito y depositar el importe percibido hasta tanto recaiga decisión firme acerca de la legitimidad del crédito. Ello, si -como en el caso- se verifica que se trató de una venta extrajudicial regida por la ley 12692:39, pues no rige la obligación de verificar el crédito en el concurso que sólo alcanza a los procesos en los que se ejecuta judicialmente el derecho real de garantía" (CNCom., Sala B, 10/3/1997, "Empresa Bernasconi Turismo y Excursiones S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de rendición de cuentas", inédito). En el mismo sentido: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 595, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000; y GRAZIABILE, Darío J., "Los créditos con garantía real en el concurso preventivo. Problemas y soluciones", LL Suplemento Concursos y Quiebras, septiembre 2004. En contra: "(...) pesa sobre todos los acreedores del concursado por causa o título anterior la obligación de proceder a verificar sus créditos indicando sus títulos y causas conforme la normativa concursal. Incluimos necesariamente, dentro de la regla, a aquellos acreedores que tengan derecho a remate extrajudicial. Nos parece que con mayor rigor debe pensarse en la necesidad de la verificación previa de estos acreedores, pues si el art. 21, en su inc. 2, establece que las ejecuciones de garantías reales -y éstas lo son- se suspenden, o no podrán deducirse, hasta tanto no se haya presentado el pedido de verificación respectivo, no vemos argumento alguno que releve a estos acreedores de obrar de la misma manera que los demás" (GRISPO, Jorge D., *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*, tomo 1, pág. 371, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997).

facultades de rematar extrajudicialmente aparecen reconocidas por *leyes especiales*, con fundamento en que la Exposición de Motivos de la Ley 19.551 hacía mención a los acreedores autorizados a ejecutar extrajudicialmente de acuerdo a los "ordenamientos legales pertinentes"<sup>99</sup>. De todos modos existe doctrina que entiende lo contrario.<sup>100</sup>

Entre dichos acreedores con facultades de rematar extrajudicialmente podemos mencionar los contemplados en el art. 39 del Decreto Ley 15.348/46 y en los arts. 52 y siguientes de la Ley 24.441.

*"(...) el art. 23, LCQ, no alcanza a los acreedores de prenda comercial. Cabe recordar que el art. 585 del Cód. de Comercio confiere al acreedor prendario una fuerte prerrogativa que se agrega al derecho de retención y al privilegio del crédito, que es la posibilidad de proceder a la venta privada de los objetos prendados, prescindiendo del trámite judicial. La jurisprudencia ha resuelto, sin embargo, que el régimen del art. 23, LCQ, no resulta aplicable a los acreedores garantizados con prenda común que no posean la facultad de realizar remate extrajudicial por una ley especial (...) En este sentido, se ha hecho mérito de que el precepto concursal ampara especial y únicamente a los acreedores autorizados a ejecutar extrajudicialmente de acuerdo a los 'ordenamientos legales pertinentes' -según la expresión*

<sup>99</sup> PESARESI, Guillermo M., *Ley de Concursos y Quiebras*, pág. 148, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

<sup>100</sup> "Parte de la doctrina y la propia exposición de motivos dan a entender que la facultad del art. 24 estaría reservada a instituciones oficiales, o a entidades de reconocida solvencia, como los bancos o entidades financieras. Pero, lamentablemente, el texto del art. 24 no permite tal interpretación restrictiva, que, no obstante ello, ha tenido eco en la jurisprudencia" (TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal*, tomo I, pág. 245, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988).

*utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley 19.551-, o sea, por leyes especiales, situación que no es la de los acreedores indicados"*<sup>101</sup>

Pareciera que los arts. 21 y 23 de la LCQ no fueron pensados por el legislador para regir en aquéllos casos donde la prenda haya sido constituida como una "garantía autoliquidable", sino que ambos regímenes contemplan supuestos en los cuales resulta necesario "ejecutar" la garantía.

En el caso del art. 21, se trata claramente de una "ejecución judicial" (el propio título de la norma dice "juicios contra el concursado") y, además, se hace referencia al remate de la "cosa" gravada, lo cual aleja la posibilidad de aplicación directa de la norma al caso de la prenda de créditos, cuyo objeto no son "cosas" sino "bienes".

Por su parte, en el caso del art. 23, la norma hace referencia a una "ejecución extrajudicial" producida mediante "remate", lo cual también determina que dicha norma no parezca susceptible de aplicación directa al caso de la prenda de créditos, dado que los mismos -como vimos- no se "rematan" sino que directamente se "cobran" del deudor cedido.

*"No obstante que los arts. 585 2do párrafo y 587 2do p. Cód. Com. prevean mecanismos de realización del crédito, al no tratarse de remates extraju-*

<sup>101</sup> HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 594, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000. En similar sentido: "(...) el régimen de excepción previsto por el art. 23 de la ley 24.522, concordante con el art. 24 de la ley 19.551, no resulta aplicable a los acreedores garantizados con prenda común que no posean esa facultad por leyes especiales, los que se encuentran sujetos a la carga verificatoria" (CNCom., Sala E, 9/3/2000, "La Ganga S.A. s/ concurso preventivo", inédito). Ver también: CNCom., Sala D, 15/6/1978, "Sierras Sin Fin S.A.", LL 1980-D, 523.

*diciales, su inclusión dentro de la norma del art. 23 LC no parece posible, la que deberá ser interpretada en forma restrictiva. La propia naturaleza de la cosa pignorada y el modo particular de realización de la garantía, obstarán a su asimilación a los demás acreedores prendarios con facultades de remate extrajudicial (...) En definitiva, nos inclinamos por considerar que estos acreedores (prendarios sobre títulos valores) deben verificar sus créditos, cumpliendo con las cargas que impone el art. 32 LC (...)"*<sup>102</sup>

De este modo, ante la presentación en concurso del deudor-cesionario, el acreedor-cesionario garantizado con una prenda de créditos que aún tiene créditos por cobrar de parte del deudor cesionario se encuentra generalmente ante un vacío legal.

Ante este panorama, dicho acreedor debe evaluar qué debe (o qué le conviene) hacer: ¿Puede no llevar adelante ningún procedimiento de inclusión en el pasivo concursal y, simplemente, debe actuar extra-concursalmente? ¿O debe necesariamente hacer lo contrario? En caso de ser necesario lograr su inclusión en el pasivo concursal, ¿cuál es la vía adecuada para ello? ¿Debe necesariamente verificar conforme lo dispuesto por los arts. 21 y 32 de la LCQ o puede simplemente rendir cuentas de lo cobrado en los términos del art. 23 de la LCQ? ¿Una vez presentado el concurso del deudor-cesionario, puede el acreedor-cesionario cobrar (y aplicar) los créditos cedidos desde un primer momento o debe esperar alguna instancia procesal determinada?

<sup>102</sup> MEDICI, Rubén A., "La 'ejecución' de la prenda sobre títulos valores en el concurso preventivo del deudor", en *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, 2005/1, dirigido por BARBERIO, Sergio J. - PEYRANO, Marcos L. - GARCÍA SOLÁ, Marcela - CARRILLO, Hernán G., pág. 29, Ed. Juis, Rosario, 2005.

Como puede advertirse, el abanico de posibilidades que se presenta ante el acreedor-cesionario es muy amplio y, para colmo, la jurisprudencia y doctrina, en lugar de aportar claridad al respecto, traen más incertidumbre, porque -como veremos- existen posiciones muy disímiles en cuanto a los interrogantes planteados.

### ***X.2.1. Distintas posiciones sobre la necesidad de inclusión o no del crédito garantizado con una prenda de créditos en el pasivo concursal del deudor-cesionario***

#### **(i) No es necesaria la inclusión del crédito en el pasivo concursal**

Según una posición, muy minoritaria por cierto, el acreedor garantizado con una prenda de créditos resulta ajeno al proceso concursal del deudor-cesionario porque: (i) en realidad cobrará su crédito de un tercero ajeno al concurso; y (ii) el crédito cesionario no se encuentra ya en el patrimonio del deudor.

*"No se aplican al caso las razones que -en el orden general- determinan la obligatoriedad de que todos los acreedores deben verificar sus créditos para ejercer sus derechos, puesto que en realidad cobrará su crédito de un tercero ajeno a la quiebra (...) Por otro lado, el crédito cesionario por quien luego cayó en quiebra ha salido de su patrimonio (...). Por consiguiente la validez y oponibilidad de tal transferencia (la que implica la prenda) deberá ser analizada a la luz de las normas que rigen los actos realizados durante el período de sospecha"*<sup>103</sup>

<sup>103</sup> BACIGALUP VÉRTIZ, Mario G. - TRUSSO, Juan M., "El acreedor con prenda de derechos creditorios frente a la quiebra", ED158:927.



(ii) El acreedor garantizado con una prenda de créditos debe insinuar su crédito en los términos del art. 32 de la LCQ

Según otra posición, el acreedor garantizado con una prenda de créditos está sometido a la carga de verificar su crédito y privilegio en los términos exigidos por el art. 32 de la LCQ.<sup>104</sup>

Dentro de esta posición, hay cierta discusión sobre el momento en el cual el acreedor cesionario garantizado con la prenda de créditos puede cobrar y aplicar los fondos percibidos de los deudores cedidos a la cancelación de la deuda principal.

**(ii).1. El acreedor cesionario puede cobrar y aplicar los fondos percibidos del deudor cedido a la cancelación de la deuda principal una vez que haya presentado el pedido de verificación ante la sindicatura**

Según esta posición, el acreedor garantizado con una prenda de créditos debe insinuar su crédito y privilegio en los términos del art. 32 de la LCQ, pero puede cobrar y aplicar los fondos cobrados del deudor cedido a la cancelación de la deuda recién una vez que haya presentado el pedido de verificación ante la sindicatura (cfr. art. 21 de la LCQ), sin necesidad de aguardar su resultado.

<sup>104</sup> "Si se considera la cesión de derechos en garantía como una prenda de créditos entonces el acreedor garantizado está obligado a realizar la verificación de su crédito y asimismo de invocar el privilegio especial que ésta le confiere. Todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso preventivo tienen la carga de solicitar verificación (art. 32 Ley de Concursos y Quiebras)" (RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág. 100, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009). En similar sentido: NISSEN, Ricardo A., "Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria", LL 1995-C, 201.

*"El art. 21 inc. 1º impone al acreedor con privilegio especial la carga de haber solicitado la inclusión de su crédito en el pasivo y no la de aguardar el resultado de la misma por lo que se advierte que la BNL se encuentra, en principio y por aplicación de esta norma, habilitado para ejecutar su garantía aún cuando su insinuación hubiera sido observada. Tampoco se advierte que la ejecución de la garantía vulnere principios de índole concursal - pars conditio creditorum- en tanto el propio cuerpo normativo prevé normas diferenciadas para acreedores privilegiados. Tampoco resulta válido argumento el empleado por la sindicatura en cuanto a que el acreedor sólo puede llevar adelante la ejecución sobre bienes que hayan estado en su poder en tanto, precisamente, como tenedora de los cupones de tarjeta de crédito, debe considerarse en posesión sobre los bienes asiento del mismo sin que se advierta el fundamento de la afirmación de que a partir de la presentación en concurso BNL perdió su condición de acreedor privilegiado. Finalmente, los argumentos que ensaya la concursada en razón de haber formulado impugnaciones al crédito insinuado resultan inconducentes frente a una norma legal vigente que sólo impone la carga de la presentación a verificar y no la obtención de un resultado favorable".<sup>105</sup>*

*"Desde el punto de vista concursal debe tenerse en cuenta que la convocatoria del deudor no impide al acreedor cobrarse mediante cauciones persona-*

<sup>105</sup> CNCom., Sala A, 23/5/2002, "Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de apelación art. 250 Banca Nazionale del Lavoro", inédito. En similar sentido: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 16, Secretaría Nro. 31, 2/9/2009, "Vision Express Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de medidas cautelares (cesión de cobranzas de cupones de tarjetas)", inédito.

les (...) o reales (...) constituidas en seguridad de su crédito antes de la apertura del concurso. Sin embargo (...) es exigible la presentación del pedido de verificación respectivo, recaudo que no puede considerarse satisfecho por la mera liquidación del saldo que habría efectuado el Banco al concursado, en tanto no reúne los requisitos del art. 33 de la LC ni permite la participación del síndico y los restantes coacreedores. Efectuada en los hechos la ejecución de la garantía de acuerdo con su propia naturaleza, corresponde que el acreedor deposite el importe percibido, del cual podrá disponer una vez satisfecha la carga señalada precedentemente, y sin perjuicio de la responsabilidad que en definitiva le concierna, vinculada con la suerte final de la verificación de su crédito".<sup>106</sup>

"El acreedor garantizado con prenda comercial sobre créditos podrá verificar su crédito con garantía real (...) En el concurso preventivo, una vez presentado el pedido de verificación podrá continuar o iniciar su ejecución, pudiendo realizar extrajudicialmente la prenda, tal como lo establece el art. 587 del C. de Com."<sup>107</sup>

**(ii).2. El acreedor-cesionario puede cobrar y aplicar los fondos percibidos del deudor cedido a la cancelación de la deuda principal un vez que exista sentencia verificatoria**

Según esta posición, el acreedor garantizado con una prenda de créditos no sólo debe insinuar su crédito y privilegio en los términos del art. 32 de la LCQ.

<sup>106</sup> CNCom., Sala C, 27/2/1987, "Treisi S.A.", ED 124:568.

<sup>107</sup> MEDICI, Rubén A., "Cesión de crédito en garantía, prenda de títulos y fideicomiso de garantía, Diferencias y su tratamiento concursal", en *Zeus - Colección jurisprudencial*, volumen 103, pág. 107, Zeus, Rosario, 2008.

Además de ello, el acreedor deberá depositar los fondos percibidos del deudor cedido en una cuenta especial o en una cuenta a la orden del tribunal y recién podrá aplicar dichos fondos a la cancelación de la deuda garantizada una vez que su crédito y privilegio hubieran sido declarados verificados o admisibles (según el caso) en la sentencia verificatoria prevista en el art. 36 de la LCQ.

"El planteo del apelante sobre la 'prohibición de cobrar créditos de terceros y de la AFIP cedidos en garantía por exportaciones' también es desestimable. Pues se trata de impedir que aquél perciba un crédito preconcursal, sujeto al procedimiento informativo previsto por los arts. 32 y ss. LC, mediante la ejecución de garantías propias de la concursada, consistentes en créditos de terceros suyos cedidos oportunamente en garantía. Si bien el recurrente sostuvo que gozaba de privilegio especial sobre esos títulos, lo cierto es que esa no es materia susceptible de ser analizada aquí, sino en la etapa verificatoria correspondiente (...) Sin perjuicio de ello, y en atención al privilegio invocado por el banco apelante (que es posible que exista y que por ello debe ser protegido preventivamente), corresponde mantener la medida (...), ordenando también a la concursada que se abstenga de percibir los créditos de la referencia. Los deudores deberán depositar las sumas relativas a tales acreencias en la cuenta que disponga al efecto la magistrada de primera instancia".<sup>108</sup>

"La resolución del caso debe ser que el pretenso acreedor se presente en el concurso preventivo a in-

<sup>108</sup> CNCom., Sala D, 11/9/2001, "Antonio Espósito S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de reposición por el Banco de la Provincia de Buenos Aires", Lexis N° 30002918. En idéntico sentido: CNCom., Sala D, 27/3/2002, "Pantín S.A. s/ concurso preventivo", inédito.

sinuar su acreencia, pues ello se enmarca en la obligación genérica establecida por el art. 32, LCQ que establece que todos los acreedores de causa o título anterior a la presentación en concurso deben presentarse a verificar (...). Sin embargo, no puedo desconocer la realidad negocial y es que existiría un acreedor de causa o título anterior a la presentación en concurso que estaría percibiendo su crédito sin pasar siquiera por el tamiz jurisdiccional, lo que no puede admitirse a la luz de los principios concursales. Ante esta situación resulta menester adoptar una determinación en cuanto al destino de los fondos objeto de la cesión en garantía. Tengo a este respecto tres posibilidades para resolver, en primer lugar ordenar que el dinero se entregue a AMSA, en segundo lugar permitir que el Banco Regional de Cuyo continúe percibiendo los fondos directamente (...). Pero con respecto a la primera alternativa -entrega de fondos a AMSA- tampoco la considero procedente, pues una resolución de dicho tenor implicaría un prejuizamiento acerca de la procedencia o improcedencia del crédito o garantía a la que el Fideicomiso Mendoza califica como autoliquidable o prenda con desplazamiento, pues no es en esta etapa donde debo pronunciarme sobre el crédito y/o privilegio, sino al momento del dictado de la sentencia verificatoria (...) dispondré que los fondos hasta ahora depositados a la orden de este Tribunal mantengan dicho status, comunicando a la Tesorería de la Provincia que en lo sucesivo deposite los fondos (...) a la orden de este tribunal (...) hasta tanto recaiga en autos pronunciamiento verificatorio en relación a la acreencia del Fideicomiso Mendoza".<sup>109</sup>

<sup>109</sup> Primer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Mendoza, 18/2/2002, "AMSA

**(iii) El acreedor garantizado con una prenda de créditos debe rendir cuentas en los términos del art. 23 de la LCQ**

Según esta posición, el acreedor garantizado con una prenda de créditos no está obligado a solicitar la verificación del crédito y privilegio en los términos del art. 32 del la LCQ sino que, en todo caso y dado que la garantía no se ejecuta en forma judicial, deberá transitar el carril previsto por el art. 23 de la LCQ.<sup>110</sup>

*"(...) la percepción del crédito que hubiera efectuado el acreedor prendario no es inoponible a la masa en los términos de la LCQ:16, teniendo en cuenta el carácter autoliquidable -CCom.:587- que reviste tal garantía prendaria constituida con anterioridad a la presentación concursal (...) Ocurre que, además, en el marco negocial descripto -cesión de título en garantía que constituye una prenda autoliquidable en los términos de la norma legal referida- el acreedor no está obligado a solicitar la verificación de su crédito y, en todo caso,*

y Fideicomiso Mendoza en J° 36.026 p/ conc. prev. p/ cuestiones conexas", inédito.

<sup>110</sup> Cfr. RIVERA, Julio C., "La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente", ED 173:445; HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, pág. 434, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000; SÁNCHEZ CANNABÓ, Sebastián - CRAMER, Gabriel G., "La cesión de créditos en garantía frente al concurso, insinuación del cesionario en el pasivo concursal del cedente", en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, pág. 493, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002; LOIZA, Fabián M. - PICADO, Leandro S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982; TONÓN, Antonio, *Derecho Concursal*, tomo I, pág. 245, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.

*sólo puede ser requerido a rendir cuentas en los términos de la LCQ:23*".<sup>111</sup>

### X.2.2. Nuestra opinión

No nos convence la posición que sostiene que el acreedor-cesionario no debe incluir su crédito en el pasivo concursal porque: (i) en realidad cobrará su crédito de un tercero y no del deudor; y (ii) el crédito cedido está fuera del patrimonio del deudor.

Entendemos que dicha posición parte de una premisa falsa porque el crédito sigue perteneciendo al deudor-cedente, aunque -claro está- su tenencia (o cuasi-tenencia) hubiera sido transmitida al acreedor-cesionario.

De este modo, no se configura en este caso el supuesto que se puede dar, por ejemplo, en un fideicomiso de garantía<sup>112</sup>, toda vez que aquí -a diferencia de tal supuesto-

<sup>111</sup> CNCom., Sala E, 17/8/2007, "Casiraghi Hnos. S.A. s/ concurso preventivo (incidente de restitución de valores)", inédito. En similar sentido: id., Sala D, 29/8/2006, "Droguería Dronor S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 CPR.", inédito; id. Sala E, 2/10/2007, "Banco General de Negocios S.A. s/ quiebra s/ incidente de restitución de fondos por Lanape S.A.", MJJ20172.

<sup>112</sup> "(...) respecto del beneficiario sólo resulta necesario denunciar la garantía fiduciaria a simple título informativo, pero nunca en calidad de privilegio o preferencia, porque se trata de una garantía que afecta un activo ajeno al patrimonio del concursado. El bien que sirve de asiento de la garantía ya salió del patrimonio del deudor-fiduciante. Ergo, el beneficiario del fideicomiso de garantía, no tiene que verificar su crédito en el concurso de fiduciante o constituyente del fideicomiso de garantía" (CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo", LL 2009-A, 357). De todos modos, la cuestión también está discutida en el caso del acreedor beneficiario de un fideicomiso de garantía, dado que así como existe jurisprudencia que entiende que el mismo no debe insinuar su crédito en el concurso, otros entienden que sí debe hacerlo e, incluso, se discute el carácter

el titular de los créditos cedidos sigue siendo el deudor concursado.

Esta última circunstancia justifica, claramente, la necesidad de que el acreedor garantizado pase por el tamiz concursal (ya veremos por qué vía) a fin de legitimar y hacer oponible su crédito y privilegio frente a la masa y, con ello, consolidar su derecho de afectar los créditos cedidos, no al pago de los créditos de la masa -como es la regla-, sino al de su propio crédito -lo cual es una excepción-.

Además, entendemos que existe otra razón que lleva a descartar la opción de omitir todo procedimiento de inclusión en el pasivo concursal.

Al ser la prenda de créditos una garantía, no escapa a la nota típica de toda garantía: la "accesoriedad" (Cfr. art. 525 del Código Civil).<sup>113</sup>

De este modo, parece necesario que el acreedor, si quiere conservar su garantía, deba incluir su crédito contra el deudor en el pasivo concursal (de algún modo), haciéndolo así oponible al resto de la masa, pues si dicho crédito no fuera oponible tampoco lo sería la garantía (que, lógicamente, en su condición de accesoria, quedaría atada a la suerte del principal).

*"Por nuestra parte, entendemos que existe obligación de verificar que nace de la accesoriedad. En efecto, conforme pacífica doctrina el fideicomiso de garantía es accesorio de una obligación principal.*

eventual o no con que debe hacerse la insinuación. De todos modos, la cuestión excede el objeto del presente trabajo.

<sup>113</sup> "El efecto principal de la accesoriedad radica en que la validez o invalidez o extinción de la obligación principal conlleva la afectación de las obligaciones accesorias. Este principio, está consagrado en nuestro derecho por el art. 525 del CCiv. que estipula que la extinción de la obligación principal también importa la de la accesoria" (RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág. 9, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009).

*En consecuencia, el primero corre la suerte de la segunda de modo que no existiendo o habiéndose cancelado la obligación principal se extingue el fideicomiso. Siendo ello así, y por efecto de la 'accesoriedad', como el fideicomiso de garantía sólo se justifica y tiene efectos mientras exista una obligación principal en el pasivo del deudor-fiduciante, resulta necesario que el acreedor (beneficiario) concurra al concurso de éste a verificar su crédito".<sup>114</sup>*

*"Dado que este tipo de fideicomiso tiene una función de garantía, participa del carácter accesorio propio de esta especie de actos jurídicos, pero los efectos propios de toda obligación accesoria deben ser interpretados de acuerdo al fin que particularmente se tuvo en miras al celebrar el contrato. Ello así por cuanto, es evidente que si el crédito principal es declarado ilegítimo o inexistente en el concurso preventivo, o si se lo verifica por un monto menor al pretendido, tal sentencia, al vincularse a la obligación principal, incidirá sobre la forma de ejecutar el fideicomiso, por ser su obligación accesoria. No sería legítima la ejecución de la garantía si el crédito principal fuera rechazado en su totalidad. Tampoco sería viable la ejecución total de la garantía si el crédito sólo fue admitido en parte".<sup>115</sup>*

Ahora bien, ¿cuál de las vías de inclusión en el pasivo concursal debe utilizar un acreedor garantizado con una cesión de créditos en garantía entendida como prenda?

<sup>114</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Concurso preventivo vs. fideicomiso de garantía: los problemas de la validez, oponibilidad y novación conforme a un reciente fallo", *Doctrina Societaria y Concursal*, Nro. 255, Errepar, Buenos Aires, 2009.

<sup>115</sup> RAISBERG, Claudia, "El fideicomiso en garantía frente al concurso", LL 2006-C, 1240.

Como adelantamos, según nuestra opinión, los arts. 21 y 23 de la LCQ no logran resolver la cuestión, pues parecen regir supuestos distintos al de una "garantía autoliquidable" constituida sobre "créditos" y no sobre "cosas".

Ahora bien, el acreedor-cesionario no puede (ni le conviene) conformarse con aceptar la existencia de un vacío legal. Algo debe hacer para preservar su crédito y la garantía que le accede.

En tal sentido, parece que, al no estar contemplada expresamente en la LCQ la situación del acreedor garantizado con una prenda de créditos, la cuestión debería regirse por la regla general establecida en el art. 32 de la LCQ: solicitar la verificación del crédito y su privilegio a fin de permitir el control de todos los sujetos concursales y, en caso de sortearlo con éxito, lograr la oponibilidad *erga omnes* del crédito y la garantía.

Por su parte, dicha opción -entendemos- es la menos riesgosa para el acreedor-cesionario dado que, si acudiera al procedimiento de rendición de cuentas del art. 23 de la LCQ, existe la contingencia de que algún interesado efectúe un planteo en el sentido que dicho procedimiento no es el adecuado y que alegue, en consecuencia, que el acreedor debió haber insinuado el crédito de conformidad con lo establecido por el art. 32 de la LCQ.

Y, quizás, para ese entonces ya sea tarde pues pudo haber vencido el plazo para verificar el crédito y el privilegio (por lo menos en forma tempestiva) y, en consecuencia, el acreedor podría encontrarse ante una situación desfavorable e, incluso, ante un reclamo de devolución de los fondos percibidos.

En cambio, si el acreedor cesionario optara por verificar su crédito, nadie le podrá formular reproche alguno pues dicho procedimiento es el que mayor control permite por parte de todos los sujetos interesados.

En definitiva, creemos que -ante el vacío legal existente- solicitar la verificación del crédito y el privilegio siempre es lo más conveniente y seguro para el acreedor-

cesionario, y dicha circunstancia lo posicionará mejor frente a eventuales planteos de acreedores, de la sindicatura o, incluso, del propio deudor-cedente.

Repárese, además, que si -por cualquier motivo que fuere- el cobro del deudor cedido se frustrara, el acreedor-cesionario que tiene su crédito verificado o declarado admisible con privilegio especial prendario tiene siempre la opción de renunciar a dicho privilegio (total o parcialmente) y quedar, a partir de allí, sometido a la suerte de los acreedores quirografarios con relación a la porción de su crédito renunciada<sup>118</sup>. Dicha posibilidad parece -cuanto menos- dudosa en el supuesto de aquel acreedor que, en lugar de verificar, rindió cuentas en los términos del art. 23 de la LCQ.

Ahora bien, no debemos olvidar que el objeto de análisis principal de este trabajo son aquéllas cesiones de créditos en garantía (entendidas como prendas) en donde los créditos cedidos son eventuales en cuanto a su exigibilidad y que, además, existen supuestos en los cuales los cobros de esos créditos cedidos se van produciendo en forma escalonada y prolongada en el tiempo (algunos antes del concurso del deudor-cedente y otros después).

En tal sentido, son varias las hipótesis que pueden presentarse: (i) cobros efectuados antes de la presentación en concurso del deudor-cedente; (ii) cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor y antes de haberse declarado la verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio; (iii) cobros efectuados luego de la declaración de verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio; y (iv) cobros efectuados luego de la declaración de inadmisibilidad del crédito y del privilegio y durante el trámite del incidente de revisión promovido

<sup>118</sup> Destacamos que existe en doctrina y jurisprudencia cierta discusión sobre la oportunidad para que los acreedores privilegiados renuncien a sus respectivos privilegios, aunque obviamos profundizar al respecto en tanto la cuestión excede el objeto de este trabajo.

por el acreedor-cesionario para lograr el reconocimiento de ambos.

Seguidamente analizaremos cada una de esas hipótesis:

**(i) Cobros efectuados antes de la presentación en concurso del deudor**

En estos casos, la solución parece sencilla toda vez que se trata de situaciones consumadas antes de la presentación en concurso. Al respecto, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo X.1 (i).

**(ii) Cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor-cedente y antes de haberse declarado la verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio**

En este caso, parece que no correspondería legitimar los cobros (y aplicaciones de los fondos) en cuestión en tanto que, hasta que no exista privilegio reconocido judicialmente, parece haber un serio riesgo de que se esté violando la *pars conditio creditorum* (Cfr. art. 16 de la LCQ).

*"Como surge de la copia de la escritura (...) la concursada otorgó derecho real de prenda sobre los fondos que tuviera a percibir en virtud de la aplicación del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 377/81 y la Comunicación del Banco Central A 33, del 10/6/81. Surge también de autos, que la aplicación de tales fondos fue efectuada (...) entre la presentación en concurso y la apertura del mismo (...). El art. 17 de la ley de concursos, otorga efectos retroactivos a la sentencia de apertura, al establecer que serán ineficaces los pagos parciales o totales efectuados a cualquier acreedor de causa o título anterior a la presentación. Ello*

obedece al principio de igualdad de los acreedores que se vería afectado en caso de que desinteresara total o parcialmente a alguno de ellos, cuando el estado de cesación de pagos ya se encuentra reconocido por la deudora y ha sido exteriorizado mediante su pedido de apertura del proceso universal. De la normativa mencionada, no se encuentran exceptuados los acreedores privilegiados, o que aleguen tener privilegio, de no hallarse éste reconocido. Por lo demás, el pago efectuado por la concursada en las condiciones descriptas por el art. 17 de la ley de concursos, resulta plenamente asimilable al que por sus propios medios obtuviera el acreedor, cobrándose de los bienes de la concursada, como ha acontecido en el sub lite. Lo expuesto lleva a la conclusión que el acto realizado por el banco apelante, consistente en la aplicación de fondos de la concursada al pago de una deuda anterior -garantizada con derecho real de prenda-, con posterioridad a la presentación en concurso preventivo de la deudora, es de los actos prohibidos por el art. 17 de la ley de concursos, y sancionado por el art. 18 de la misma ley, con la ineficacia frente al concurso (...) La alegación formulada por el banco, en el sentido de que, por poseer privilegio prendario, resulta contrario al principio de economía procesal ordenar la restitución de los fondos, ya que inmediatamente procedería a cobrarlos nuevamente en virtud de la prenda, no puede tener acogida. En efecto, lo que el acreedor pretende a través de lo enunciado es -una vez más- eludir el trámite concursal de la verificación de su crédito. Este comprende, no sólo el eventual reconocimiento del privilegio pretendido (...) sino también la comprobación del monto de la acreencia (...) Consecuencia de lo expuesto, es que el pago que contabilizó el acreedor luego de la presentación en concurso, en tanto importa un acto que altera la

*situación de un acreedor de causa o título anterior, deviene ineficaz de pleno derecho, por lo que las sumas de propiedad de la concursada que fueron indebidamente retenidas, debe ser restituidas, con más sus accesorias, a partir de la fecha en que se operó la retención. Lo expresado no obsta a que el pretendido acreedor prendario concurra a verificar su crédito por la vía pertinente (...)*<sup>117</sup>

No obstante, es indudable que los fondos tampoco pueden ser cobrados por el deudor-cedente concursado (como si la cesión en garantía no existiera), pues ello podría implicar un riesgo para las legítimas expectativas de cobro que tiene el acreedor-cesionario en tanto pretense acreedor privilegiado.

En este caso, parece adecuada la solución aplicada por algunos tribunales que resolvieron mantener los fondos depositados en una cuenta judicial hasta tanto se declare verificado o admisible el crédito y el privilegio invocados por el acreedor.<sup>118</sup>

### **(iii) Cobros efectuados luego de la declaración de verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio**

En este caso, siempre y cuando la sentencia verificatoria no hubiera sido objeto de revisión por parte de algún interesado, parece que el acreedor-cesionario quedaría totalmente habilitado para cobrar los créditos directamente del

<sup>117</sup> CNCom., Sala E, 15/8/1986, "Lahusen y Cía. S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de res. por Banco Sudameris", inédito. En similar sentido: íd., Sala A, 28/2/1997, "Plásticos Silvatrim S.A. s/ quiebra", LL 1998-B, 715.

<sup>118</sup> Cfr. Primer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Mendoza, 18/2/2002, "AMSA y Fideicomiso Mendoza en J° 36.025 p/ conc. prev. p/ cuestiones conexas", inédito.

deudor cedido y aplicar los fondos a la cancelación de la deuda.

El interrogante que nos surge es ¿qué sucede si alguien interpone un incidente de revisión contra el reconocimiento del crédito o del privilegio especial prendario?

Una de las opciones posibles sería aquella propuesta para el caso de los cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor-cedente y antes de haberse declarado la verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio. Es decir, que el acreedor no pueda aplicar los fondos percibidos del deudor cedido y los deposite en una cuenta judicial hasta tanto existe sentencia firme en el incidente de revisión. Esta opción ha recibido respaldo jurisprudencial recientemente.<sup>119</sup>

Otra opción, en cambio, podría ser que el tribunal le permita al acreedor cobrar y aplicar los fondos, pero exigiéndole una fianza (salvo que fuera una persona de reconocida solvencia) para el caso en que el tribunal declare inadmisibile el crédito y/o el privilegio y, en su caso, corresponda la restitución de los fondos percibidos, con más sus accesorios.

<sup>119</sup> "Sin perjuicio de lo expuesto, y en atención al privilegio invocado por el Banco Itaú S.A., que fue reconocido en la resolución prevista por la LC:36 de conformidad con lo señalado precedentemente, dicho crédito debe ser protegido preventivamente; extremo por el cual corresponde mantener lo ordenado por el magistrado de grado en cuanto que los fondos de referencia sean depositados en la cuenta dispuesta al efecto oportunamente: por cierto que hasta tanto se discierna definitivamente la legitimidad del privilegio invocado por el recurrente. En este sentido, es fundamental señalar que la concursada inició el incidente de revisión (...) en el cual impetra 'se haga lugar a la revisión declarándose la inadmisibilidad del crédito insinuado por el Banco Itaú S.A. por la suma de \$ 847.155,78, con privilegio prendario" (CNCom., Sala F, 16/3/2010, "Bendow Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación (art. 250 CPCC)", expediente 66.795/09, inédito).

Entre ambas posibilidades (y si bien la primera cuenta con respaldo jurisprudencial) nos inclinamos por la segunda, dado que, en el caso analizado, a diferencia del supuesto de los cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor-cedente y antes de haber solicitado la verificación del crédito y el privilegio, existe una sentencia judicial (aunque cuestionada) que ha reconocido el crédito y el privilegio, lo cual -a nuestro entender- coloca al acreedor-cesionario en una situación más sólida que justifica que pueda percibir los créditos cedidos, aunque sea en forma condicionada al reconocimiento definitivo (de ahí la posibilidad de que el tribunal le exija una fianza).

Nótese que, en caso contrario, cualquier incidente de revisión, por más infundado que fuera, alcanzaría para detener los efectos de una sentencia verificatoria respaldatoria de la garantía.

*(iv) Cobros efectuados luego de la declaración de inadmisibilidad del crédito y del privilegio y durante el trámite del incidente de revisión promovido por el acreedor-cesionario para lograr el reconocimiento de ambos*

En este caso, dada la similitud de situaciones, parece aplicable la solución propiciada para el caso de los cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor-cedente y antes de haberse declarado la verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio. Hasta aquí, el análisis de las distintas posibilidad que pueden configurarse.

Ahora bien, sin perjuicio de la legitimidad de los cobros y aplicaciones efectuadas por el acreedor-cesionario en aquellos casos donde esté habilitado a proceder de tal modo, parece indudable que éste deberá siempre rendir cuentas de lo percibido y de las imputaciones efectuadas. Lo expuesto se justifica en el interés legítimo que tiene



la masa en que, una vez cancelado totalmente el crédito garantizado a través de la percepción de los créditos cedidos, los fondos remanentes e incluso los créditos que pudieran permanecer pendientes de cobro retornen a la titularidad plena del deudor-cedente y, con ello, se conviertan en un activo más para la continuidad de su actividad empresarial y la cancelación del pasivo quirografario.

*"(...) tal como sus pares con garantía real prendaria o hipotecaria, también estos acreedores tienen sobre sí la obligación de rendirle cuentas al deudor prendario, ya que los títulos que han 'ejecutado' extrajudicialmente o judicialmente no le pertenecen".<sup>120</sup>*

Ahora bien, ¿cuándo deben efectuarse dichas rendiciones de cuentas en el caso analizado de la cesión de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad que se cobran escalonadamente y en forma prolongada en el tiempo?

Al respecto, entendemos que, tratándose de una cuestión no prevista en la LCQ, corresponde que el juez, en su calidad de director del proceso (Cfr. art. 274 de la LCQ) y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, establezca un procedimiento periódico (mensual, bimestral, trimestral, etc.) para que el acreedor-cesionario vaya rindiendo cuentas, en la forma prevista por los arts. 68 y 70 del Código de Comercio, de lo que va cobrando y de cómo lo aplica o imputa a la cancelación del crédito.

Quizás una opción válida y, hasta útil, sea pactar de antemano en el contrato de cesión de créditos en garantía celebrado por el acreedor-cesionario y el deudor-cedente un procedimiento de rendición de cuentas periódico para supuestos como el analizado, lo cual no sólo será en be-

<sup>120</sup> MEDICI, Rubén A., "Cesión de crédito en garantía, prenda de títulos y fideicomiso de garantía, Diferencias y su tratamiento concursal", en *Zeus - Colección jurisprudencial*, volumen 103, pág. 107, Buenos Aires, Rosario, 2008.

neficio del acreedor-cesionario, sino también del propio deudor-cedente. Claro está que dicho pacto entre partes deberá ser "bendecido" por el juez del concurso toda vez que, al constituir un acuerdo entre partes (el deudor y el acreedor) el mismo no es oponible a terceros y, entre ellos, a la masa del concurso (Cfr. art. 1199 del Código Civil).

### **X.3. Posibilidad de dictado de medidas cautelares por parte del juez del concurso**

Otra contingencia que, eventualmente, podría enfrentar el acreedor garantizado con una cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad ante el concurso del deudor-cedente, es la posibilidad de que el juez del concurso dicte alguna medida cautelar interfiriendo o suspendiendo de algún modo la posibilidad de cobro y aplicación de los fondos correspondientes a los créditos cedidos en garantía.

#### **X.3.1. Las medidas cautelares concursales**

Uno de los principios esenciales en torno a los cuales gira el concurso preventivo es el "principio de conservación de la empresa"<sup>121</sup> y el mantenimiento a tales efectos de la integridad del patrimonio del deudor.

<sup>121</sup> "La 'Exposición de Motivos' que acompañó al proyecto de ley que fue sancionado con el número 19.551 (...) establecía como uno de los 'principios generales orientadores', (...) la conservación de la empresa, en cuanto a actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil en curso (...) A pesar del debate sobre el 'economismo' de la actual LCQ y su eventual mayor privatismo, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que la ley vigente mantiene el principio de conservación de la empresa. Naturalmente este principio no es el único pues otros concurren en la apreciación de las soluciones concursales, pero nadie niega que la conservación de la empresa es cardinal para la solución legalmente implementada"

A partir de lo expuesto, la LCQ le concede al juez la posibilidad de dictar medidas cautelares tendientes a conservar el patrimonio del deudor y su empresa, asegurando así la finalidad perseguida por el concurso preventivo.

Dichas medidas cautelares tienen notas particulares que las caracterizan y que, a su vez, las distinguen de las medidas cautelares tradicionales.

Como es sabido, las medidas cautelares tradicionales son generalmente accesorias de una acción principal y requieren como presupuestos para su otorgamiento la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y una contracautela suficiente.

Las medidas cautelares concursales, en cambio, muchas veces no son accesorias de una acción principal ni se dictan para asegurar una sentencia a dictarse en el futuro, sino que, por el contrario, son posteriores a una sentencia (la de apertura del concurso) y no se vinculan con ninguna acción principal sino con el proceso concursal mismo.<sup>122</sup>

Existen dos tipos de medidas cautelares que puede ordenar el juez del concurso:

#### (i) Medidas cautelares tipificadas

Se trata de las medidas expresamente previstas por la LCQ, entre las que podemos nombrar, por ejemplo, la interdicción de salida del país del deudor y sus administradores, la inhibición general de bienes del deudor y de los socios ilimitadamente responsables, la vigilancia del síndico sobre la administración del patrimonio del deudor,

(ALEGRÍA, Héctor, "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", LL 2003-E.1294

<sup>122</sup> Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Las medidas cautelares concursales", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 24, volumen 1991-A (enero-junio), pág. 120, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

la posibilidad de desplazar al deudor de la administración de sus negocios, la suspensión de los remates antes de haber presentado el pedido de verificación y la suspensión del art. 24 de la LCQ.<sup>123</sup>

#### (ii) Medidas cautelares atípicas

Por otro lado, más allá de las medidas expresamente previstas por la LCQ, el juez del concurso puede dictar otras medidas cautelares tendientes a preservar la empresa y la integridad patrimonial del deudor (Cfr. arts. 232 del Código Procesal y 274 de la LCQ).

*"Sin perjuicio de las medidas cautelares tipificadas recién mencionadas, corresponde afirmar las facultades del juez del concurso para dictar medidas cautelares concursales no tipificadas, en orden a las atribuciones genéricas que le confieren el art. 297 de la ley 19.551 y el art. 232 del C. Proc. Nacional".<sup>124</sup>*

*"(...) existen las denominadas medidas cautelares 'atípicas', las que lo son en un doble sentido. Uno, porque no están expresamente contempladas en el articulado de la ley 24.522 (...), lo cual, valga aclarar, no enerva la posibilidad de su adopción, ha-*

<sup>123</sup> Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Las medidas cautelares concursales", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 24, volumen 1991-A (enero-junio), pág. 120, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.

<sup>124</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Las medidas cautelares concursales", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 24, volumen 1991-A (enero-junio), pág. 120, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991. En similar sentido: FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso", ED año XLVI, N° 12.081, 2/9/2008.

*bida cuenta de las facultades que al juez del concurso le confiere el art. 274 de dicha ley y también por aplicación del art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. Y en un segundo sentido, también son atípicas dichas medidas por cuanto presentan características diferenciales tales como la ausencia de contracautela, la posibilidad de que afecten a terceros y a la competencia de otros jueces, su autonomía toda vez que no son accesorias o conexas a una acción principal cuyo resultado deben tutelar".<sup>125</sup>*

La posibilidad de que el juez del concurso dicte este tipo de medidas fue reconocida también por la jurisprudencia.<sup>126</sup>

Pues bien, teniendo en cuenta ambos tipos de medidas y el supuesto analizado en el presente trabajo (cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigi-

<sup>125</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Fideicomiso financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso 'Bonessi': conclusiones provisionales y temas abiertos", LL Sup. C y Q 2009 (noviembre), 46.

<sup>126</sup> "Según el sistema de la LCQ, con la apertura del concurso preventivo, el juez debe adoptar una serie de medidas que sustituyen a las precautorias singulares que cada acreedor hubiese podido obtener en una ejecución individual; entre otras, y como se dijo, la inhibición para disponer y gravar bienes registrables del concursado y la anotación de tal situación en los respectivos registros (...). No es poco frecuente, además, que ya durante el transcurso del trámite sean dictadas otras decisiones complementarias a las genéricas ut supra aludidas y con las cuales mantienen como denominador común la preservación del patrimonio concursal. Cierta jurisprudencia ha reconocido, en este sentido, que el magistrado del proceso universal puede disponer 'medidas cautelares concursales no tipificadas, sin la existencia de un proceso principal autónomo ni contracautela, desde que la medida se vincula con el concurso (...) y no es previa ni garantista de una sentencia posterior, sino por el contrario, posterior a la sentencia de apertura (...)' (CNCom., Sala D, 31/3/2009, "Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de medidas cautelares", inédito).

bilidad que se van cobrando en forma prolongada en el tiempo), centraremos el análisis sobre la posibilidad de que el juez del concurso suspenda cautelarmente el cobro y aplicación de los créditos cedidos.

### X.3.2. La suspensión del art. 24 de la LCQ

Una de las posibilidades que pueden presentarse es que el deudor que le cedió en garantía a su acreedor créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad le solicite al juez de su concurso que ordene la suspensión temporaria de los cobros y aplicaciones de los créditos cedidos con fundamento en lo dispuesto por el art. 24 de la LCQ y manifestando que el flujo de fondos de esos créditos cedidos resulta vital para su continuación empresaria (lo cual, obviamente, tendrá que acreditar de algún modo).

Dicha norma establece: "*En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria (...) Esta suspensión no puede exceder de noventa (90) días (...)*".

A nuestro entender, el art. 24 citado y la suspensión allí consagrada no resulta directamente aplicable al caso de la cesión de créditos en garantía, toda vez que el objeto de la prenda en este caso son "bienes" y no "cosas" (como dice el art. 24) y, además, no se "ejecutan" ni "subastan" sino que, directamente, se "cobran" dado el carácter "autoliquidable" de la garantía analizada.<sup>127</sup>

<sup>127</sup> "(...) la ley hace referencia a la ejecución entendiendo a ésta en su acepción estrictamente procesal y conforme el criterio de algunos autores (...) el fideicomiso de garantía no se ejecuta, sino que solamente el fiduciario se limita a dar cumplimiento al contrato. A ello se suma que se ha sostenido por la doctrina que esta disposición de suspensión

Ahora bien, el hecho que un eventual pedido de suspensión de los cobros y aplicaciones de los créditos cedidos en garantía no encuadre directamente en la medida cautelar tipificada prevista por el art. 24 de la LCQ no implica que el mismo no pueda ser favorablemente proveído por el tribunal en el marco de una medida cautelar concursal atípica.

### **X.3.3. Medidas cautelares atípicas - Suspensión transitoria de los cobros y aplicaciones de los créditos cedidos**

Conforme lo manifestado, no pareciera haber posibilidades de que el juez del concurso del deudor-cedente interfiere o suspenda los "cobros" de los créditos cedidos por parte del acreedor-cesionario aplicando en forma directa el art. 24 de la LCQ.

Sin embargo, cabe analizar aún la posibilidad de que el juez del concurso dicte una medida cautelar "atípica" readecuando o suspendiendo los cobros en circunstancias excepcionales y cuando, en caso de no dictarse dicha medida, corra peligro el principio de conservación de la empresa y la integridad patrimonial del deudor.

Si bien no hemos encontrado antecedentes con relación a cesiones de créditos en garantía celebradas como

*no se aplicaría en el supuesto de los acreedores que tienen la facultad de ejecutar o rematar extrajudicialmente" (FERNÁNDEZ, Matías A., "Fideicomiso de garantía y concurso preventivo", en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, dir. ARECHA, Martín - DASSO, Ariel A. - NISSEN, Ricardo A. - VITOLLO, Daniel R., pág. 401, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002). En similar sentido: MÉDICI, Rubén A., "La 'ejecución' de la prenda sobre títulos valores en el concurso preventivo del deudor", en *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, 2005/1, dirigido por BARBERIO, Sergio J. - PEYRANO, Marcos L. - GARCÍA SOLÁ, Marcela - CARRILLO, Hernán G., pág. 29, Ed. Juis, Rosario, 2005.*

prendas, sí existen algunos antecedentes jurisprudenciales (e incluso alguna opinión doctrinaria) con relación a fideicomisos de garantía.

En tal sentido, podemos citar el caso de "Dinar". Allí la justicia salteña (incluso antes de decretar la apertura del concurso preventivo) suspendió temporalmente (por 30 días) la ejecución de un fideicomiso de garantía cuyo objeto eran los fondos provenientes de la venta de pasajes mediante tarjetas de crédito y en agencias de viajes, por abarcar prácticamente la totalidad de los fondos de la concursada.<sup>128</sup>

En otro caso, luego de reconocer la facultad del juez del concurso de dictar medidas cautelares atípicas, la justicia capitalina también suspendió por 90 días (en forma similar a lo dispuesto por el art. 24 de la LCQ aunque sin hacer mención al mismo<sup>129</sup>) la ejecución de un inmueble

<sup>128</sup> "(...) cuando la actividad procesal se dirige hacia la integración del activo concursal, las providencias cautelares pueden recaer sobre intereses de los acreedores (art. 24) y de terceros, orientándose a mantener el patrimonio fallido o a incorporar los mismos bienes que sirven a la realización de los fines del proceso concursal (...) En el caso, lo solicitado por el deudor consiste en la expedición de una orden judicial tendiente a evitar la retención de parte del Banco de la Nación Argentina -acreedor y fiduciario- de la totalidad de la recaudación depositada originada en BSP Argentina o tarjetas de crédito, situación prevista en el contrato de cesión de derechos de cobro que se adjunta, para el caso de mora del deudor (...) Por otro lado, el peligro en la demora se manifiesta en el caso de autos por la incidencia que la recaudación seguramente tiene en el desarrollo de la actividad de la deudora, conocido como es el precario estado en que se encuentra la prestación del servicio aeronáutico en el país" (Juzgado de Primera Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de la 2° Nominación de Salta, 9/8/2002, "Dinar Líneas Aéreas S.A. s/ concurso preventivo", LL 2003-D, 19).

<sup>129</sup> "(...) al supeditar su vigencia de la manera como lo hizo -por noventa días dentro de los cuales la concursada deberá promover las ac-

objeto de un fideicomiso de garantía en razón de que el mismo era un bien esencial para la actividad económica que desempeñaba la concursada, aunque se aclaró expresamente que, dentro de ese plazo, la concursada debería promover las acciones autónomas que estime corresponder con relación a la regularidad del fideicomiso.<sup>130</sup>

*ciones autónomas que estime corresponder respecto de la regularidad del fideicomiso-, la ha asimilado en forma implícita a la facultad prevista por el art. 24 de la LC para suspender remates y medidas precautorias dictadas en el marco de una ejecución hipotecaria o prendaria y a una medida cautelar autónoma dependiente de una acción principal"* (RAISBERG, Claudia, "Las medidas cautelares en el concurso preventivo y el fideicomiso de garantía", ED N° 11.604, 29/9/2006).

<sup>130</sup> "(...) la concursada sostuvo que su actividad principal y casi exclusiva es la explotación ganadera y agrícola del campo que constituye el inmueble fideicomitado. El síndico no se expidió en cuanto a la pretensión recursiva, pero afirmó que ese bien 'configura el mayor patrimonio de la empresa concursada, la pérdida de dicho bien implicaría inexorablemente la quiebra de la sociedad'. Esa circunstancia, sumada a que la deudora final del préstamo sería una tercera empresa, a cuyo patrimonio en definitiva ingresaron los fondos objeto del mutuo garantizado, otorgan elementos de convicción en el sentido de que es menester adoptar una medida de resguardo para posibilitar la solución preventiva la continuación de la empresa, aunque no con la extensión pretendida por la concursada. La suspensión de la garantía tendrá lugar únicamente por noventa días dentro de los cuales, en su caso, la concursada deberá promover las acciones autónomas que estime corresponder, respecto de la regularidad del fideicomiso. Ello así, compatibilizando los intereses de la empresa y los sociales involucrados en toda decisión que tienda a preservar fuentes de producción y de trabajo, con los de los acreedores del fideicomiso y los concursales. En ese último caso, la suspensión por un plazo de noventa días no parece excesiva ni perjudicial para el beneficiario, frente a la posibilidad de que una quiebra posterior impida a los demás acreedores (e incluso al beneficiario del fideicomiso si existiera un saldo no cubierto por la

En doctrina también se ha sostenido que, en determinados casos, cuando el flujo de fondos que debe percibir el fiduciario de un fideicomiso de garantía pueda sumir a la empresa en un estado de parálisis tal que lleve el terreno al de una quiebra casi segura, podría justificarse la intervención excepcional del juez del concurso corrigiendo la situación a fin de lograr la conservación de la empresa.<sup>131</sup>

*venta del campo) contar con un patrimonio suficiente para obtener la satisfacción de sus créditos"* (CNCom., Sala E, 8/6/2006, "Kayders S.A. s/ concurso preventivo", LL 2006-F, 483).

<sup>131</sup> "(...) pueden merecer justificado reparo en ciertas circunstancias los fideicomisos que implican la apropiación de la totalidad o una parte sustancial del flujo de fondos futuro de la empresa, para garantizar un préstamo u otras obligaciones asumidas por el deudor en el curso de sus negocios corrientes, cuando no existe previsión contractual que atienda las necesidades del giro empresario a través de mecanismos similares al que hemos mencionado. Ante el concurso del deudor, podría darse el caso de que el flujo apropiado por el fiduciario pudiera sumir a la empresa en un estado tal de parálisis, que implicaría condenarla a la quiebra por falta de medios para funcionar. El análisis prudente del juez fundado en opinión técnica autorizada, podría legitimar una corrección transitoria de esta situación, atemperando los efectos de la cesión con fundamento en la conservación de la empresa (criterio utilizado por el legislador para atenuar en ciertos casos los efectos de las garantías reales, arts. 24 y 195, ley 24.522 ...) y si el caso lo justificara, incluso en las normas sobre abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil). Este control judicial deberá ser ejercitado con suma cautela -recaudo de necesidad y urgencia evidentes exigido por la ley para el caso de los derechos reales de garantía- porque si se utilizaran criterios erráticos para ejercerlo el resultado necesario será la incertidumbre sobre la validez legal de este tipo de garantías, y sus consecuencias inmediatas se proyectarán sobre el ánimo de los inversores" (CARREGAL, Mario A., "El concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantía", LL 2004-B, 1217). En similar sentido: RIVA, Jorge L. - ALVAREZ AGUDO, Graciela, *Garantías Modernas*, pág.

Como dijimos anteriormente, no hemos encontrado precedentes de medidas cautelares que suspendan o interfieran los cobros de créditos cedidos en garantía.

Sin embargo, pareciera que quienes entienden que, determinadas situaciones, el juez concursal puede suspender o interferir en los cobros producidos en el marco de un contrato de fideicomiso de garantía (donde los créditos cedidos no forman parte del patrimonio del deudor), también (y más aún) deberían sostener similar solución en el caso de una cesión de créditos en garantía, donde los créditos cedidos -como venimos diciendo- siguen formando parte del patrimonio del deudor.

Ahora bien, sin perjuicio de ello y aceptando que el juez del concurso puede, en determinados casos excepcionales, dictar medidas cautelares atípicas, la cuestión parece discutible en el caso analizado.

Ello, por cuanto suspender o interferir temporalmente el cobro de los créditos cedidos por parte del acreedor-cesionario no tiene, en este caso, las mismas consecuencias que suspender por unos meses la ejecución de una garantía real (Cfr. art. 24 de la LCQ).

En efecto, en este último caso, luego de transcurrido el plazo de la suspensión, el bien subsistirá y, eventualmente, el acreedor podrá realizarlo y aplicar los fondos a cancelación de su crédito.<sup>132</sup>

En el primer caso, en cambio, los fondos que el acreedor cesionario se vio impedido de cobrar (ya sea total o parcialmente),

1, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Fideicomiso financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso 'Beneai': conclusiones provisionales y temas abiertos", LL Sup. C y Q 2009 (noviembre), 46; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso", ED, XLVI, N° 12.081, 2/9/2008.

Quizás hasta pueda lograr subastar por un valor mayor al que hubiera obtenido en caso de no haber mediado suspensión.

no podrán cobrarse más (porque ya los habrá cobrado el deudor) y, de este modo, el perjuicio que podría llegar a causar una medida como la analizada (otorgada sin una acción de fondo que le sirva de marco y sin contracautela alguna) excede una mera espera (como ocurre, por ejemplo, en el caso de la suspensión de las ejecuciones prevista en el art. 24 de la LCQ) para transformarse en un perjuicio concreto irreversible.

No encontramos motivos por los cuales sea legítimo hacer cargar a un acreedor munido de una garantía real legítimamente constituida antes del concurso con la conservación de la empresa de un deudor que evidentemente no ha hecho bien las cosas o cuya suerte final, en todo caso, no es responsabilidad de ese acreedor.

Después de todo, la conservación de la empresa no es el único principio protegido por la LCQ. En efecto, el interés de los acreedores también es un principio cardinal de la LCQ y, como tal, debe ser también protegido por los jueces.<sup>133</sup>

Dicha circunstancia ha sido reconocida, incluso, por la Corte Suprema al señalar que la finalidad del concurso preventivo "no está solamente dada por la conservación de la empresa como fuente de producción y trabajo, sino que también está definida por el logro de una finalidad satisfactiva del derecho de los acreedores".<sup>134</sup>

<sup>133</sup> "La tutela del interés de los acreedores constituye el valor supremo en la ley que comentamos. A ella se incardinan otros principios que le son subsidiarios, y que están preordenados a asegurar, en las más diversas situaciones, la efectiva protección de aquel interés" (IGLESIAS, José A., "La filosofía de la ley de concursos y quiebras", LL 1995-E, 1189). "Es un valor entendido que en la situación o estado de insolvencia se ponen en juego tres intereses relevantes y que entran en tensión entre sí: los derechos de los acreedores; la dignidad de la persona del deudor; la protección de la empresa" (RIVERA, Julio C., "Renovación de principios estructurales del derecho concursal", RDPyC, 2003-1, pág. 10).

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/3/2007, "Arcángel Maggiorio S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", Fallos 330:834.

En tal sentido, resulta útil traer a colación un precedente equino en el cual se trató la apelación de una medida cautelar autosatisfactiva que, por un lapso determinado de tiempo, le había ordenado al fiduciario de un fideicomiso de garantía: (i) depositar en una cuenta de libre disponibilidad la concursada (Saturno Hogar S.A.) los importes de las cuotas efectuadas mediante tarjetas de crédito; y (ii) abstenerse de cualquier acto que implique la percepción de los créditos cedidos al fideicomiso, habilitando al deudor a promover a dicha percepción.

Si bien aquel caso, como dijimos, involucraba un fideicomiso de garantía y no una cesión de créditos en garantía, la claridad de los conceptos allí vertidos justifica el interés de su reproducción en este trabajo. Allí se dijo:

*"(...) el acogimiento de las medidas autosatisfactivas promovidas por la concursada, sin que las mismas se inserten en el marco de una acción de nulidad o fraude respecto de los fideicomisos celebrados por la concursada con las entidades financieras fiduciarias, contraria y soslaya la finalidad tenida en miras por el instituto del fideicomiso financiero o de garantía regulado por la ley 24.441 y normas reglamentarias, en cuanto prevén la conformación de un patrimonio de afectación destinado a permanecer inmune frente a los acreedores particulares de ambas partes (fiduciante y fiduciario) (...) La concursada admite al responder los agravios (...) que no cuestiona la validez del fideicomiso de garantía, ciñéndose a sostener que su oponibilidad al concurso preventivo está condicionada a que no afecte el flujo de fondos y la consiguiente continuidad de la empresa (...) Se concluye, pues, en que la incorporación a la libre disponibilidad del concursado, de créditos oportunamente cedidos a los fideicomisos celebrados con las entidades financieras acreedoras preconcursadas,*

*les, con el argumento de posibilitar el flujo dinerario suficiente para la prosecución de la actividad, fuera del marco de una acción enderezada a la declaración de fraude o nulidad de los respectivos fideicomisos, desvirtúa la tésis legal del instituto de fideicomiso en garantía o financiero, en cuanto mediante tal instrumento se procura sustraer los bienes fideicomitados a la agresión de los acreedores de ambas partes (fiduciante y fiduciario), conformando un 'patrimonio de afectación' que no puede enervarse por la voluntad unilateral del fiduciante, so pretexto de asegurar el flujo de fondos necesario para la continuidad de la actividad, a costa de los co-contratantes (...). El cash flow que se reconoce indispensable para la continuidad de la concursada, deberá procurarse a través de la promoción de ventas de contado o con financiación propia, así como mediante posibles acuerdos que pudieran concretarse con los fiduciarios a fin de permitir la afectación parcial de los fondos fideicomitados al sostén de la empresa, dentro de la mencionada pauta del art. 6º, pero no puede ser dispuesta lisa y llanamente a través de una medida autosatisfactiva unilateral como la que ha sido traída a consideración de esta sala".<sup>135</sup>*

Y por más que algunos pretendan generar un dogma en el sentido de que los fondos generados luego de la presentación en concurso del deudor deben ser asignados necesariamente al desenvolvimiento de su empresa<sup>136</sup>, lo

<sup>135</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala I, 22/8/2009, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ incidente de apelación e/a: 385.865/09", inédito (del voto del Dr. GARCÍA, Lorenzo W.).

<sup>136</sup> En tal sentido, dice ALEGRÍA: "(...) de las normas legales reseñadas puede extraerse un principio general aplicable a los flujos de fon-

ierto es que ello no encuentra sustento alguno, porque: (i) no existe previsión legal que consagre expresamente dicho principio; (ii) la prenda de créditos es válida y oponible al concurso preventivo del deudor-cedente; (iii) uno de los principios tenidos en cuenta por el legislador es la rotación de los intereses de los acreedores (sin exclusión de aquéllos garantizados con una cesión de créditos sin garantía); y (iv) la facultad de dictar este tipo de medidas debe ser ejercida por el tribunal con mucha prudencia y sólo en casos excepcionales.<sup>137</sup>

Los producidos durante la administración en el concurso preventivo. Este principio podría formularse provisoriamente así: los flujos de fondos que ingresen o que se generen con posterioridad a la presentación del concurso por la administración de los bienes del deudor, deben utilizarse para mantener y facilitar el desarrollo de la actividad ordinaria del concursado. Esta regla comprende los fondos producidos por la propia actividad ordinaria como los ingresados en virtud de actos anteriores o de los posteriores que el juez autorice (aún extraordinarios). Luego, ya enfocado en los contratos especiales que extienden su efectividad sobre los flujos de fondos posteriores a la apertura del concurso, dice: "(...) sin perjuicio de la validez de las figuras que hemos analizado de la pertinencia de su verificación concursal, en todo caso, sus efectos no pueden extenderse a los flujos de fondos -tal como los hemos definido- percibidos o generados con posterioridad a la presentación concursal" (ALEGRÍA, Héctor, "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", LL 2003-E, 1294).

<sup>137</sup> "El juez del concurso tiene facultades para dictar medidas cautelares no tipificadas por la ley, pero ellas no pueden ser ejercidas en forma indiscriminada sino valorando, en cada situación, los derechos de terceros, el ordenamiento jurídico en general, la defensa de la integridad del patrimonio del deudor y la buena marcha del trámite concursal hacia su finalidad específica" (FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Las medidas cautelares concursales", Revista del Derecho Comercial de las Obligaciones, año 24, volumen 1991-A (enero-junio), pág. 131, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991).

#### X.4. Prohibición convencional de ceder

Otra de las contingencias que podría enfrentar un acreedor garantizado con una prenda de créditos (ya sea actuales, a plazo, eventuales, condicionados, etc.) es que, al momento de insinuar su crédito y garantía (por la vía que fuera), el deudor-cedente, o -incluso- algún otro acreedor concurrente, intenten cuestionar la verificación o admisibilidad de la garantía, esgrimiendo la existencia de una eventual prohibición (genérica o determinada) de ceder los créditos contenida en el contrato causa fuente de los mismos, que hubiera sido ignorada (voluntariamente o no) por las partes al celebrar el contrato de cesión.

Varias son las cuestiones que hay que considerar con relación a este tema:

##### X.4.i. La validez de la cláusula de incesibilidad genérica

La doctrina y la jurisprudencia no son unánimes en cuanto a la validez de aquella cláusula contractual que establezca que una de las partes no puede cederle a nadie los créditos emergentes de dicha relación. Al respecto podemos encontrar tres posiciones claramente diferenciadas:

##### (i) Invalidez de la prohibición de ceder genérica

Los defensores de esta posición sostienen que la cláusula en cuestión es nula y, como tal, debe tenérsela por no escrita.

Para ello se basan en lo dispuesto por el art. 1364 del Código Civil en el sentido de que "es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; más no a una persona determinada".

Dicha norma, prevista para el contrato de compraventa, resulta aplicable al contrato de cesión en virtud de la remisión efectuada por el art. 1435 del Código Civil a las normas relativas a la compraventa en aqué-



llos casos en que la cesión sea realizada por un precio en dinero.

*"El pacto de no ceder es lícito, no solamente porque se halla amparado por el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1197), sino también porque lo prevé la norma anotada; pero esta prohibición no puede ser absoluta, ya que le es aplicable lo dispuesto en el art. 1364".*<sup>138</sup>

*"Es claro que esa intransmisibilidad convencional de un crédito o derecho no puede ser absoluta. Así como es nula la cláusula que prohíba enajenar una cosa a 'persona alguna', y sólo está permitida la cláusula que prohíba enajenar una cosa 'a una persona determinada' (art. 1364), tampoco sería admisible la cláusula que estableciera la prohibición de ceder el crédito u otro derecho 'a persona alguna'. Es que tanto en uno como en otro caso se estima que uno de los atributos de la propiedad es el poder disponer de ella".*<sup>139</sup>

*"Como la cesión de créditos a título oneroso se rige por las reglas de la compraventa o de la permuta (arts. 1435 y 1436), la conclusión es que no procede pactar la obligación del acreedor de no ceder su crédito, salvo en la diminuta medida de la prohibición de ceder a persona determinada".*<sup>140</sup>

*"La cesión puede ser prohibida convencionalmente, de modo que hay una serie de derechos que no se*

<sup>138</sup> SALAS, Arceel E. – TRIGO REPRESAS, Félix A., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotados*, Tomo II, pág. 195, 2ª edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1976.

<sup>139</sup> REZZONICO, Luis M., *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil. Compraventa, permuta, trueque, cesión de derechos*, pág. 563, Depalma, Buenos Aires, 1967.

<sup>140</sup> SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Volumen IV, pág. 293, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

*pueden ceder porque se lo ha prohibido en el contrato (art. 1444, Cód. Civ.). La licitud de este pacto de incesibilidad debe ser analizada en la cesión-compraventa con relación a la regla que prohíbe la cláusula de no enajenar a persona alguna, sino a persona determinada (art. 1364, Cód. Civ.), lo que se justifica en tanto se evita una lesión a la libertad individual de contratación y se protege la circulación de los bienes en protección de la competencia (art. 43, Const. Nac.), y resulta aplicable por la remisión del art. 1435 del Código Civil".*<sup>141</sup>

Si bien esta posición podría ser discutible en el caso de las cesiones de créditos a cambio de un precio, que -como es sabido- se rigen supletoriamente por las normas de la compraventa (entre ellas, el art. 1364 del Código Civil), lo cierto es que, en el caso analizado en el presente, donde la cesión de créditos no es por un precio en dinero, sino como garantía de una deuda, no parece aplicable.

#### (ii) Validez de la prohibición de ceder genérica

Los defensores de esta posición sostienen la validez de la prohibición de ceder genérica en tanto, dicen, el art. 1364 del Código Civil se basa en el hecho que una prohibición absoluta de vender implicaría una suerte de desnaturalización del derecho de propiedad.

En cambio, dicha circunstancia no tendría lugar en materia creditoria dado que el contenido de los créditos está dado por la voluntad de las partes y, mientras existe un solo derecho de propiedad, hay tantos derechos creditorios como las partes deseen.

Además la prohibición en cuestión no vulnera ninguna norma de orden público, ni la moral o las buenas

<sup>141</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, Tomo II, pág. 39, Segunda Edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

costumbres, por lo cual debe respetarse en virtud de lo establecido en el art. 1197 del Código Civil (por lo menos en lo que a la relación entre las partes se refiere).

*"El art. 1364 se funda en la circunstancia de que una prohibición absoluta y permanente de vender importaría una desnaturalización del derecho de propiedad, que quedaría privado de uno de sus elementos jurídicos esenciales como es el derecho de disposición; importaría, además, sustituir el régimen legal de la propiedad por uno convencional. Nada de eso ocurre en materia creditoria. El contenido de los derechos creditorios no es materia de reglamentación legal, sino que está dado por la voluntad de las partes; no hay un régimen único, sino que está dado por la voluntad de las partes; no hay un régimen legal único, sino por el contrario, una infinita multiplicidad. Mientras hay un solo derecho de propiedad, hay tantos derechos creditorios como las partes lo quieran. El art. 1364 carece por tanto de sentido en materia creditoria y por ello el art. 1444 permite la limitación convencional de la cesión de los créditos, sin limitación alguna".*<sup>142</sup>

*"En cuanto no se afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil), de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civil), las partes pueden convenir la incesibilidad de un derecho determinado, con la exigencia de que la prohibición conste en el título mismo de la obligación (art. 1444, parte final) (...) El argumento que rechaza la aplicación del art. 1364 a la cesión nos resulta convincente.*

<sup>142</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 357, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

*Dicha norma tiene razón de ser en la circunstancia de que una prohibición permanente y absoluta de vender desnaturalizaría el derecho de propiedad, que se vería privado de uno de sus elementos esenciales, como es la facultad de disponer. Por esta vía se llegaría a sustituir el régimen legal de la propiedad por uno convencional, lo cual es inaceptable. Nada de ello sucede en el ámbito de los derechos creditorios, de los que hay tantos como las partes quieran libremente establecer y donde debe imperar también, para restringir la cesión, la misma voluntad de las partes".*<sup>143</sup>

Es importante señalar que esta postura cuenta con apoyo jurisprudencial.<sup>144</sup>

### (iii) El límite del ejercicio abusivo del derecho

Esta posición, que no desconoce la validez de la prohibición de ceder, entiende que, sin perjuicio de la validez de estos pactos, el límite de su invocación está dado por el art. 1071 del Código Civil en cuanto veda el ejercicio abusivo de los derechos.

*"(...) aunque pensamos que, en principio, puede limitarse convencionalmente la cesión de todo derecho, consideramos que tal limitación no podría hacerse valer si se demostrara que el deudor carece de todo interés en la prohibición. Porque si se ampara en dicha prohibición sin interés legítimo al-*

<sup>143</sup> BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y normas complementarias*, Tomo 4 A, pág. 61, Hammurabi, 2002, Buenos Aires.

<sup>144</sup> CNCom., Sala C, 17/10/2008, "Tortella, Jorge Antonio c/ Riva S.A. s/ ordinario", Expediente Nro. 16.278/04, inédito.

*guro su conducta importaría un verdadero abuso del derecho".<sup>146</sup>*

En tal sentido, la prohibición será válida en la medida que, además de no ser contraria al orden público, la moral y las buenas costumbres, no importe un ejercicio abusivo del derecho por una de las partes del contrato (en tanto causa fuente del crédito cedido) a imponer una prohibición innecesaria sin respaldo en un interés concreto.<sup>148</sup>

Dicho interés concreto, puede estar dado, por ejemplo, en evitar los costos que le demandaría al deudor cedido el control de las cesiones efectuadas por sus acreedores a fin de pagarle al acreedor correcto (pues, de lo contrario, podría ser compelida a pagar dos veces) o para mantener el poder de negociación de eventuales quitas o esperas que tiene frente a sus proveedores habituales y que, difícilmente, tendrá con un cesionario.

#### ***X.4.ii. La validez de la cláusula de incesibilidad a persona determinada***

La validez de aquéllas cláusulas que establezcan la prohibición de ceder el crédito a una persona determinada<sup>147</sup> no está en discusión, en tanto, aún la posición que desconoce la validez de la prohibición genérica, admite la prohibición determinada.

<sup>146</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, pág. 358, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

<sup>148</sup> Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Cesión de créditos*, pág. 94, La Ley, Buenos Aires, 2002.

<sup>147</sup> "La calificación de persona determinada no precisa que establezca el nombre, sino que se den elementos suficientes para describir una categoría de personas, o se describa un interés razonable" (LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*, Tomo II, pág. 39, Segunda Edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires).

No obstante, a nuestro entender, en este caso rige, igualmente, la limitación antes señalada con anterioridad en cuanto al ejercicio abusivo del derecho.

#### ***X.4.iii. Los cuestionamientos que podría enfrentar el acreedor-cesionario en el concurso preventivo del deudor-cedente***

Luego de haber analizado la cuestión relativa a la validez o no del pacto de no ceder (ya sea genérico o con relación a persona determinada) contenido en un contrato, parece que -por lo menos en el caso concreto de la cesión de créditos en garantía- dicho pacto debe considerarse válido entre las partes, siempre y cuando -claro está- no hubiera nacido como consecuencia de un abuso del derecho de una de las partes.

Desde esta óptica, corresponde -ahora sí- analizar cuáles son las contingencias que podría enfrentar un acreedor garantizado con una prenda de créditos en el marco del concurso preventivo del deudor-cedente.

En tal sentido, a nuestro entender, la solución varía según quién sea el que esgrima la prohibición de ceder como fundamento para cuestionar la garantía invocada por el acreedor-cesionario.

#### **(i) Cuestionamiento por parte del deudor-cedente concursado**

Si quien cuestiona la garantía invocada por el acreedor-cesionario es el propio deudor-cedente concursado, parece que dicho cuestionamiento no resultaría procedente.

Ello por cuanto, al haber sido parte del contrato (causa fuente de los créditos cedidos) en el cual se estableció voluntariamente la prohibición de ceder (ya sea genérica o con relación a la persona que luego resultara cesionaria), estaría invocando su propia torpeza, lo cual está vedado por el ordenamiento jurídico (Cfr. arts. 1047 y 1111 del Código Civil).

Además, sería inconcebible que quien, estando *in bonis*, cedió un crédito haciendo caso omiso a una prohibición de ceder, invocara luego dicha prohibición para cuestionar la garantía constituida con la cesión de dichos créditos (Cfr. doctrina de los actos propios<sup>148</sup>).

## (ii) Cuestionamiento por el deudor cedido

Si quien cuestiona la garantía invocada por el acreedor-cesionario es el deudor cedido, en principio, dicho cuestionamiento debería quedar fuera del marco del concurso del deudor-cedente y sustanciarse por la vía individual correspondiente. Sin perjuicio de ello, igualmente analizaremos la cuestión.

En este caso, la situación es distinta a la del caso anterior (cuestionamiento por parte del deudor-cedente), en tanto el deudor cedido (a diferencia del cedente) no ha efectuado acto alguno contrario a la prohibición de ceder oportunamente pactada con el cedente, que pudiera serle opuesto por el acreedor-cesionario.<sup>149</sup>

Sin embargo, para que el cuestionamiento de la cesión por parte del deudor cedido proceda no alcanza con invocar la prohibición de ceder sino que, además, deberá justificar un perjuicio concreto derivado para él de la infracción a dicha prohibición por parte del cedente. De lo contrario, el cuestionamiento será abusivo en los términos del art. 1071 del Código Civil.

*"(...) las partes pueden establecer una cláusula que impida la cesión, pero la parte que quiere hacer valer esa prohibición oponiéndose a la cesión ya*

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/2/1986, "Zubedsa S.A.C.I.F.I. c/ M.C.B.A.", Fallos 308:191; id., 15/5/1986, "Nación Argentina c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral", Fallos 308:778.

<sup>149</sup> Salvo que pudiera atribuírsele dicho carácter a un eventual silencio o aceptación frente a la notificación de la cesión.

*efectuada, debe demostrar el perjuicio. Si no demuestra que hay perjuicio, se considera que es abusiva la oposición a la cesión ya efectuada (...) el cesionario o el cedente deberán alegar que pese a la existencia del 'pactum non cedendo', la cesión es válida por no haber motivos para oponerse, o bien demostrar que no se causa ningún perjuicio, y el deudor cedido a su vez deberá demostrar el perjuicio a fin de que sea invalidada la cesión efectuada contraviniendo una cláusula de incesibilidad de crédito (...) el deudor cedido no puede ampararse en la existencia de una cláusula de incesibilidad para dejar de cumplir sus obligaciones (...) y la cesión no signifique para él un perjuicio concreto. El ejercicio de sus derechos frente al cesionario se limita a ejercer la compensación y oponerle todas las excepciones que tenga, ya sea contra el acreedor originario o contra el cesionario (...) sólo podrá oponerse a la validez de la cesión efectuada si le causa un perjuicio cierto. Con arreglo a las directivas expuestas, cuadra poner de relieve que nada ha sido probado en estas actuaciones en punto a que la cesión de los créditos efectuada por el cedente en infracción a una previsión contractual hubiese constituido en sí propio un acto perjudicial para el deudor cedido. Esa ausencia de perjuicio (...) impidió al deudor cedido impugnar el reclamo deducido por el cesionario con el excluyente argumento de haber mediado incumplimiento de una cláusula de incesibilidad del crédito".<sup>150</sup>*

<sup>150</sup> CNCom., Sala D, 16/3/2001, "Banco Privado de Inversiones c/ Wal Mart Argentina S.A.", LL 2001-D, 397. En similar sentido: "Aunque no puede predicarse con carácter objetivo o de modo absoluto la condición de abusiva de la cláusula decimotercera del contrato por la cual se prohibió a Deafim la cesión de los derechos y obligaciones, lo relevante para decidir la cuestión en el sub examine es que: (...) la deudora

Es importante advertir que, si fuera otra la solución a la cuestión analizada, un mero incumplimiento formal del deudor-cesionante (sin agravio concreto alguno para los intereses del deudor cedido) podría servir como causa para liberar a éste último del cumplimiento de sus obligaciones en un claro perjuicio al acreedor-cesionario.

No obstante, es importante advertir que, más allá de que la posición señalada parece estar consolidada en la jurisprudencia, existe cierta doctrina que entiende que la suerte del cesionario debe quedar ligada a su buena o mala fe, la cual dependerá de su conocimiento acerca de la existencia de la prohibición de ceder.<sup>161</sup>

*cedida no brindó un adecuado desarrollo argumental del que resulte el concreto perjuicio que a su parte pudo ocasionar la cesión de los derechos y acciones emergentes de ciertas facturas en beneficio del demandante. En otros términos, la sola invocación de la prohibición de ceder de fojas 156 es insuficiente a ese efecto (...). En tal contexto, la pretensión de la demandada de prevalecer de esa cláusula a efectos de que se declare inoponible a su respecto la cesión del crédito en cuya virtud reclamó aquí el actor, conforma un abusivo ejercicio del derecho que no merece protección jurisdiccional"* (CNCCom., Sala B, 24/8/2007, "Zold, Ladislao Jorge c/ AMSA S.A. s/ ordinario", elDial AA41FC). "(... ) aún cuando se sostenga que el art. 1364 carece de sentido en materia creditoria y que el art. 1444 permite la legitimación convencional de la cesión de los créditos, sin limitación alguna, el mismo jurista que sustenta este criterio, precisa que "...tal limitación no podría hacerse valer si se demostrara que el deudor carece de todo interés en la prohibición. Porque si se amparase en ella sin interés legítimo alguno, su conducta importaría un verdadero abuso del derecho" (CNCCom., Sala A, 21/6/1999, "Preamfin S.A. c/ Total Austral S.A.", LL 2000-B, 490).

<sup>161</sup> "El problema se puede presentar con respecto al cesionario, y se debe distinguir cuál fue su situación al momento de la transferencia, la buena o mala fe del destinatario determinará las consecuencias del acto. Si se trata de un cesionario de mala fe porque conocía el impedimento convencional, no se puede prevalecer de su circunstancia de tercero al pacto, y la nulidad del acuerdo le afecta su derecho. En ese

### (iii) Cuestionamiento por un tercero (acreedor concurrente o sindicatura)

Por último, si quien cuestionara la garantía invocada por el acreedor-cesionario fuera un acreedor concurrente o la propia sindicatura del concurso, la situación es más compleja, en tanto: (i) ellos, probablemente, no habrán efectuado actos contrarios a la prohibición de ceder pactada entre el cedente y el deudor cedido, toda vez que son meros terceros tanto respecto del contrato causa fuente del crédito cedido como respecto del propio contrato de cesión; y (ii) a diferencia del deudor cedido, sí podrían invocar un perjuicio concreto derivado de la violación del pacto de no ceder, el cual estará dado por el hecho de que tales créditos, si se hubiera respetado la prohibición de ceder, no estarían afectados a una prenda y formarían parte del activo concursal para atender los créditos quirografarios y garantizar la continuidad empresarial.

Sin embargo, sus eventuales cuestionamientos -entendemos- tampoco obstan a la validez y oponibilidad de la garantía prendaria constituida con la cesión de créditos (que no se podían ceder) en garantía.

Ello porque, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1199 del Código Civil, los contratos no pueden oponerse a terceros, ni tampoco ser invocados por éstos.

En consecuencia, los efectos del pacto de no ceder sólo rigen entre las partes, dando eventualmente ocasión a acciones personales de daños y perjuicios, pero jamás ten-

*supuesto el deudor puede válidamente oponer una excepción de ausencia de legitimación sustantiva por parte del cesionario, ante la nulidad absoluta del acto que da génesis a su derecho. Distinta debe ser la solución ante un cesionario de buena fe, que razonablemente no pudo conocer la relación básica que impedía la transmisión del derecho"* (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Cesión de créditos*, pág. 79, La Ley, Buenos Aires, 2002).

drán efectos reipersecutorios<sup>162</sup>, máxime cuando dicho pacto jamás pudo haber sido previsto en beneficio de terceros.

*"En caso de quiebra del cedente, consideramos que como la cláusula está puesta en beneficio del deudor cedido, si bien un tercero puede ampararse en la cláusula o perjudicarse por su quebrantamiento, deberá demostrar ese perjuicio, para invalidar así la cesión efectuada. Así, en el concurso o quiebra del cedente, puede solicitar que el pago correspondiente a la obligación cedida ingrese al patrimonio del cedente, solicitando la nulidad de la cesión. En ese caso queda al cesionario el derecho de demostrar que hubo una compra efectiva del crédito, con anterioridad a la fecha de admitirse el concurso o el período de sospecha, y que el importe de esa compra ingresó efectivamente al patrimonio del cedente. Si el acreedor del concurso del cedente solicita que el deudor cedido ingrese el importe a la masa del concurso ¿podrá invocar útilmente la existencia de la cláusula de incesibilidad? La cuestión es dudosa. En la jurisprudencia norteamericana se ha resuelto que la cláusula es en beneficio del deudor cedido, y que sólo él podría invocar la nulidad de la cesión (...). Creemos que la opinión de Spota es alentadora en el sentido de que la cláusula tiene efectos sólo entre las partes, por lo tanto sólo puede dar lugar a acciones personales de daños y perjuicios, pero no con efectos reipersecutorios".<sup>163</sup>*

<sup>162</sup> SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Volumen IV, pág. 125, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

<sup>163</sup> SCHÖTZ, Gustavo J., "La cláusula contractual de incesibilidad del crédito", LL 2001-A, 920.

## XI. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este trabajo podemos extraer las siguientes conclusiones:

(i) La cesión de créditos en garantía es el contrato mediante el cual una de las partes (el deudor-cedente) se obliga a transmitirle a la otra (el acreedor-cesionario) los derechos creditorios que tiene contra un tercero (el deudor cedido), con la finalidad de garantizar una deuda que el primero mantiene con el segundo (deuda principal) y facultando a éste último, en determinadas circunstancias, a cobrar del deudor cedido y aplicar el producido a la cancelación (total o parcial) de la deuda principal.

(ii) La cesión de créditos en garantía, en tanto negocio válido conforme la ley argentina, puede ser calificada como una "prenda", como un "negocio fiduciario" o, incluso, como un "fideicomiso de garantía", debiendo el operador jurídico prestar especial atención a la voluntad expresada (y a las conductas realizadas) por las partes para determinar en cada caso concreto la naturaleza jurídica del negocio celebrado.

(iii) Para que una cesión de créditos en garantía pueda ser calificada como "prenda de créditos" válida y oponible a terceros, es necesario que se cumpla con los siguientes presupuestos: (a) otorgamiento de la garantía por instrumento público o privado con fecha cierta; (b) la causa fuente de los créditos cedidos debe constar por escrito; (c) debe notificarse al deudor cedido por acto público, o éste debe aceptar la cesión; y (d) debe entregarse, al acreedor o a un tercero, el título en el cual conste la causa fuente de los créditos cedidos (aunque este último presupuesto se ha interpretado no esencial en razón de lo dispuesto por la nota al art. 3209 del Código Civil).

(iv) En principio, todos los créditos que tengan una "causa fuente" que los origine pueden ser objeto de un contrato de prenda (sin perjuicio de estar sometidos a un plazo, a un álea, a una condición, a una eventualidad en cuanto a su exigibilidad o, incluso, a un conflicto), dado que, en tales casos, será posible cumplir con los presupuestos de los arts. 3209 y 3212 del Código Civil.

(v) La cesión de créditos en garantía, entendida como prenda, es una "garantía auto-liquidable" por lo cual, ante el incumplimiento del deudor-cedente (*in bonis*), el acreedor-cesionario puede "cobrar" (y no "ejecutar") directamente los créditos del deudor cedido y, en su caso, aplicarlos a la cancelación de la deuda garantizada conforme lo pactado.

(vi) En el supuesto en que el deudor-cedente se encuentre tramitando su concurso preventivo, el acreedor-cesionario garantizado con una cesión en garantía de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad (que se van haciendo exigibles y cobrando en forma prolongada en el tiempo) deberá enfrentar ciertas contingencias:

(vi) 1. Oponibilidad de la cesión al concurso

*Constitución de la garantía, existencia de los créditos cedidos y cobro antes de la presentación en concurso del deudor-cedente:* Al tratarse de una situación "consumada" antes del concurso, el juez concursal no tiene, en principio, facultades de revisión ni control.

*Constitución de la garantía y existencia de los créditos cedidos antes de la presentación en concurso del deudor-cedente / Cobro luego de la presentación en concurso:* Siempre y cuando los créditos cedidos hubieran existido (en el sentido de tener una causa fuente) y se hubieran cumplido los presupuestos de los arts. 3209 y 3212 del

Código Civil antes de la presentación en concurso del deudor-cedente, la prenda será oponible en dicho proceso universal (Cfr. art. 1464 del Código Civil). Sin embargo, al existir cobros pendientes, el juez del concurso tiene potestades de control sobre los mismos a fin de evitar que se configure una eventual violación a la *pars conditio creditorum* (Cfr. art. 16 de la LCQ).

*Constitución de la garantía antes de la presentación en concurso del deudor-cedente / Existencia de los créditos cedidos y cobro luego de la presentación en concurso:* En este caso, la prenda celebrada antes de la presentación en concurso del deudor-cedente no será oponible en dicho proceso universal.

*Constitución de la garantía, existencia de los créditos cedidos y cobros luego de la presentación en concurso del deudor-cedente:* Para que la prenda sea oponible al concurso del deudor-cedente deberá seguirse el procedimiento de autorización judicial del art. 16 de la LCQ.

(vi) 2. Inclusión en el pasivo concursal

El acreedor-cesionario está sometido a la carga de solicitar la verificación de su crédito y privilegio prevista en el art. 32 de la LCQ. Además, la posibilidad de cobrar los créditos cedidos y aplicarlos a la cancelación de la deuda principal está sujeta a diferentes situaciones según el estado del proceso concursal del deudor-cedente:

*Cobros efectuados luego de la presentación en concurso del deudor-cedente y antes de haberse declarado la verificación o admisibilidad del crédito y privilegio:* El acreedor-cesionario no puede aplicar los fondos de los créditos cedidos a la cancelación de la deuda principal sino que deberá depositarlos en una cuenta judicial hasta tanto se declare verificado o admisible el crédito y privilegio invocados.

*Cobros efectuados luego de la declaración de verificación o admisibilidad del crédito y el privilegio:* Si la sentencia verificatoria no hubiera sido objeto de revisión, el acreedor-cesionario podrá cobrar los créditos cedidos y aplicar los fondos a la cancelación de la deuda principal. Si alguien interpusiera un incidente de revisión, el juez podrá exigirle una fianza como requisito previo para poder cobrar y aplicar los fondos.

*Cobros efectuados luego de la declaración de inadmisibilidad del crédito y del privilegio y durante el trámite del incidente de revisión promovido por el acreedor-cesionario:* El acreedor-cesionario no puede aplicar los fondos de los créditos cedidos a la cancelación de la deuda principal sino que deberá depositarlos en una cuenta judicial hasta tanto se dicte sentencia favorable en el incidente de revisión.

#### (vi) 3. Medidas cautelares

La suspensión del art. 24 de la LCQ no parece directamente aplicable al caso de la cesión de créditos en garantía. Sin embargo, existe la posibilidad de que el juez del concurso del deudor-cedente dicte una medida cautelar "atípica" readecuando o suspendiendo los cobros en circunstancias excepcionales donde, si no se dictara dicha medida, se expusiera al deudor-cedente a caer en quiebra. No obstante, la aplicación de estas medidas debe ser analizada con suma cautela dado que no tiene los mismos efectos que la suspensión de la ejecución de una garantía real sobre una cosa.

#### (vi) 4. Prohibición convencional de ceder

Si el deudor-cedente y el deudor cedido hubieran pactado una prohibición de ceder (ya sea genérica o con relación a quien luego resultara cesionario), existen elementos ra-

zonables para que el acreedor-cesionario pueda sortear con éxito un eventual cuestionamiento a su privilegio efectuado por el deudor-cedente, por el deudor cedido e, incluso, por terceros.

En definitiva, entendemos que la cesión de créditos en garantía (particularmente, la cesión de créditos eventuales en cuanto a su exigibilidad) puede constituir una herramienta útil para que aquéllos sujetos que no pueden, o no quieren, afectar sus cosas muebles o inmuebles a una garantía tradicional (hipoteca o prenda) puedan acceder de todos modos al otorgamiento de créditos.

Esta garantía, además de ser útil para el deudor (que lógicamente podrá aplicar los fondos del crédito a su giro empresario), también puede ser valiosa para el acreedor, en tanto -como vimos- se trata de una garantía "auto-liquidable" que, otorgada en debida forma, es capaz de sortear con éxito los distintos escollos que se presentan ante una situación concursal del deudor-cedente.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

### XII.1. Doctrina

- ALEGRÍA, HÉCTOR, "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", LL 2003-E,1294.
- ALEGRÍA, HÉCTOR, "Las garantías autoliquidables", Revista de Derecho Privado y Comunitario, volumen 2, pág. 157.
- ARICO, RODOLFO, "Cesión de créditos en garantía", ED 173:856.
- BACIGALUP VÉRTIZ, MARIO G. - TRUSSO, JUAN M., "El acreedor con prenda de derechos creditorios frente a la quiebra", ED 158:927.



- BENSEÑOR, NORBERTO R., "Algo más sobre cesión y prenda de créditos", *Revista del Notariado* 1985:655.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, séptima edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.
- BORETTO, MAURICIO, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1° edición, 2005.
- BUERES, ALBERTO J. – HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias*, Tomo 4 A, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- CARREGAL, MARIO A., "El concurso del fiduciante en el fideicomiso de garantía", *LL* 2004-B, 1217.
- CARREGAL, MARIO A., "Coexistencia de las calidades de fiduciario y beneficiario en los fideicomisos de garantía", *LL* 2008-E, Año LXXII, Nro. 177, 15/09/2008.
- CAZEAUX, PEDRO – TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Compendio de derecho de las obligaciones*, 2da. Edición, t. 1, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Cesión de créditos*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
- DE REINA TARTIERE, GABRIEL, "La prenda de dinero como garantía autoliquidable por excelencia", *JA* 2004-IV, 1366.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO Y BENSEÑOR, NORBERTO R., "El descuento de facturas, las garantías del banquero y su debida instrumentación", separata de la *Revista del Notariado*, 1983, n° 790.

- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (p) – FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h), "Concurso preventivo vs. fideicomiso de garantía: los problemas de la validez, oponibilidad y novación conforme a un reciente fallo", *Doctrina Societaria y Concursal*, Nro. 255, Errepar, Buenos Aires, 2009.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (p) - FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h), "Las medidas cautelares concursales sobre cheques diferidos ante el concurso preventivo", *Doctrina societaria y concursal*, Año XXII, Tomo XXI, Nro. 256, marzo 2009.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h), "Las medidas cautelares concursales", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 24, volumen 1991-A (enero-junio), Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1991.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h), "La sustentabilidad legal del fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso", *ED* año XLVI, N° 12.081, 2/9/2008.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (h), "Fideicomiso financiero, flujo de fondos y concurso preventivo. El caso 'Bonensi': conclusiones provisionales y temas abiertos", *LL Sup. C y Q* 2009 (noviembre), 46.
- FARGOSI, HORACIO P., "Esquicio sobre el lease back", *ED* 144:953.
- FERNÁNDEZ, MATÍAS A., "Fideicomiso de garantía y concurso preventivo", en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, dir. ARECHA, MARTÍN – DASSO, ARIEL A. – NISSEN, RICARDO A. – VITOLO, DANIEL R., Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
- FERNÁNDEZ, Raymundo, *Código de Comercio de la República Argentina Comentado*, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1950.

- GRAZIABILE, DARÍO J., "Los créditos con garantía real en el concurso preventivo. Problemas y soluciones", LL Suplemento Concursos y Quiebras, septiembre 2004.
- GRISPO, JORGE D., *Tratado sobre la ley de concursos y quiebras*, tomo 1, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.
- GUASTAVINO, ELÍAS, "La transmisión de créditos en garantía", JA 1972-18, 504.
- GUASTAVINO, ELÍAS, "Derecho real de prenda sobre un crédito eventual", ED 153:585.
- HEREDIA, PABLO D., *Tratado exegético de derecho concursal*, tomo 1, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.
- IGLESIAS, JOSÉ A., "La filosofía de la ley de concursos y quiebras", LL 1995-E, 1189.
- ISASMENDI, ARMANDO J., "El fideicomiso en garantía en el derecho Nacional", La Ley, 2003/05/28, p. 3.
- KIPER, CLAUDIO M. Y LISOPRAWSKY, SILVIO V., *Teoría y práctica del fideicomiso*, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- LAFAILLE, HÉCTOR, *Derecho Civil*, t. V, *Tratado de los derechos reales*, vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1945.
- LOIZA, FABIÁN M. - PICADO, LEANDRO S., "La prenda de créditos como garantía autoliquidable", JA 2008-IV, 982.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los contratos*, t. 2, parte especial, Zavalía, Buenos Aires, 1991.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Tratado de los Contratos*, Tomo II, Segunda Edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

- MARTOREL, ERNESTO E., *Tratado de los contratos de la empresa*, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- MEDICI, RUBÉN A., "Cesión de crédito en garantía, prenda de títulos y fideicomiso de garantía, Diferencias y su tratamiento concursal", en *Zeus - Colección jurisprudencial*, volumen 103, Zeus, Rosario, 2008.
- MEDICI, RUBÉN A., "La 'ejecución' de la prenda sobre títulos valores en el concurso preventivo del deudor", en *Doctrina y Jurisprudencia Procesal Civil y Comercial*, 2005/1, dirigido por BARBERIOO, SERGIO J. - PEYRANO, MARCOS L. - GARCÍA SOLÁ, MARCELA - CARRILLO, HERNÁN G., ED. JUIS, ROSARIO, 2005.
- MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- MOSSO, GUILLERMO G., "Tratamiento concursal de los cheques de pago diferido", ED 186:1200.
- NISSEN, RICARDO A., "Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria", LL 1995-C, 201.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "Cesión de créditos", ADC 1988, T II.
- PERALTA MARISCAL, LEOPOLDO L., "El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz", en RDPC, N° 2001-3, p. 229.
- PESARESII, GUILLERMO M., *Ley de Concursos y Quiebras*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

- PODREZ YANIZ, JAVIER A., "La prenda de créditos: cuestiones de lege lata", ED 213:510.
- RAISBERG, CLAUDIA, "El fideicomiso en garantía frente al concurso", LL 2006-C, 1240.
- RAISBERG, CLAUDIA, "Las medidas cautelares en el concurso preventivo y el fideicomiso de garantía", ED N° 11.604, 29/9/2006.
- REZZONICO, LUIS M., *Estudio de los contratos en nuestro derecho civil. Compraventa, permuta, trueque, cesión de derechos*, Depalma, Buenos Aires, 1963.
- RIVA, JORGE L. - ALVAREZ AGUDO, GRACIELA, *Garantías Modernas*, 2° edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- RIVERA, JULIO C., "Cesión de créditos en garantía", LL 1991-C, 867.
- RIVERA, JULIO C., "La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente", ED 173:445.
- RIVERA, JULIO C., "Renovación de principios estructurales del derecho concursal", RDPyC, 2003-1, pág. 10.
- ROUILLON, ADOLFO A. N., "Las ejecuciones de garantías reales y el fuero de atracción del concurso preventivo del deudor", LL 1998-E, 107.
- SALAS, ACDEEL E. - TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Código Civil y Leyes Complementarias Anotados*, Tomo II, 2° edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- SALVAT, RAYMUNDO J., *Tratado de derecho civil - Derechos reales*, t. IV, núm. 2622, 4° edición, Buenos Aires, 1960.

- SÁNCHEZ CANNAVÓ, SEBASTIÁN - CRAMER, GABRIEL G., "La cesión de créditos en garantía frente al concurso, insinuación del cesionario en el pasivo concursal del cedente", en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
- SCHÖTZ, GUSTAVO, "Reconocimiento judicial de la cesión global anticipada de créditos futuros ('factoring global')", LL 2002-E, 762.
- SCHÖTZ, GUSTAVO J., "La cláusula contractual de incesibilidad del crédito", LL 2001-A, 920.
- SPOTA, ALBERTO G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Volumen IV, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
- TONÓN, ANTONIO, *Derecho Concursal*, tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- VILLEGAS, CARLOS G., *Las garantías del crédito*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993.

## XII.2. Jurisprudencia

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/2/1986, "Zubedsa S.A.C.I.F.I. c/ M.C.B.A.", Fallos 308:191.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/5/1986, "Nación Argentina c/ S.A. Las Palmas del Chaco Austral", Fallos 308:778.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/5/1987, "Banco Financiero Argentino S.A. c/ Criaderos y Semilleros Rumbo S.C.A. y otros", Fallos 310:928.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/3/2007, "Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", Fallos 330:834.

#### Suprema Corte de Mendoza

Suprema Corte de Mendoza, Sala I, 6/8/1997, "Banco de Mendoza en j. 22.216 Compulsa en Carbometal, S.A.I.C. p/ conc. prev. s/ cas.", ED 180:514.

#### Tribunales de Segunda Instancia

- C1° CC, La Plata, 20/12/1946, "Banco de Avellaneda c/ Failo, Emilio o Angel Emilio s/suc.", JA 1947-I, 749.
- C2° CC, La Plata, 22/4/1941, "Banco Germánico de la América del Sud c/ Rosner, Bruno, quiebra", JA 74:594.
- C2° CC, La Plata, 30/12/1947, "Banco de Avellaneda c/ Torres Sunin, José", LL 51:883.
- CNFed., Sala Civil y Comercial, 28/4/1964, "Dekeuke-laere, Gerónimo c/ Tarena", LL 116:333.
- CNFed., Sala Civil y Comercial, 30/4/1965, "Fernández, Margarita R. y otras c/ Banco Supervielle de Buenos Aires", LL 120:908.
- Cámara de Apelación de Rosario, en pleno, 30/12/1947, "Boero Hnos. y Cía. c/ Rodríguez, Plácido y otros", LL 50:93.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, Sala I, 22/8/2009, "Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ incidente de apelación e/a: 385.865/09", inédito.

- CNCom., Sala A, 28/2/1997, "Plásticos Silvatrim S.A. s/ quiebra", LL 1998-B, 715.
- CNCom., Sala A, 21/5/1999, "Premafin S.A. c/ Total Austral S.A.", LL 2000-B, 490.
- CNCom., Sala A, 23/5/2002, "Líneas Aéreas Privadas Argentinas S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de apelación art. 250 Banca Nazionale del Lavoro", inédito.
- CNCom., Sala B, 10/3/1997, "Empresa Bernasconi Turismo y Excursiones S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de rendición de cuentas", inédito.
- CNCom., Sala B, 8/9/2003, "Correo Argentino S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Banco Patagonia", Lexis Nexis n° 11/36614.
- CNCom., Sala B, 24/8/2007, "Zold, Ladislao Jorge c/ AMSA S.A. s/ ordinario", eIDial AA41FC.
- CNCom., Sala B, 16/5/2008, "Pol Sudamericana S.A. s/ concurso preventivo", inédito.
- CNCom., Sala C, 27/2/1987, "Treisi S.A.", ED 124:568.
- CNCom., Sala C, 20/9/2002, "Sorriddi c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario", inédito.
- CNCom., Sala C, 17/10/2008, "Tortella, Jorge Antonio c/ Riva S.A. s/ ordinario", Expediente Nro. 16.278/04, inédito.
- CNCom., Sala D, 15/6/1979, "Sierras Sin Fin S.A.", LL 1980-D, 523.
- CNCom., Sala D, 9/4/1991, "Izzo, Rubén C. en: Giganti, Amado J. J. c/ Terranova, Alicia M.", LL 1992-B, 119.

- CNCom., Sala D, 30/4/1993, "Banco Nacional de Desarrollo s/ tercería con acreedor con mejor derecho en Unión Carbide Argentina S.A. c/ Petrolífera El Carmen S.A. y otra s/ ejecutivo", ED 153:585.
- CNCom., Sala D, 16/3/2001, "Banco Privado de Inversiones c/ Wal Mart Argentina S.A.", LL 2001-D, 397.
- CNCom., Sala D, 11/9/2001, "Antonio Espósito S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de reposición por el Banco de la Provincia de Buenos Aires", Lexis N° 30002918.
- CNCom., Sala D, 27/3/2002, "Pantín S.A. s/ concurso preventivo", inédito.
- CNCom., Sala D, 3/10/2003, "HMP Consultores S.R.L. c/ Banco Río de la Plata S.A. y otros s/ ordinario", LL 2003-F, 883.
- CNCom., Sala D, 20/5/2005, "Banco Sudameris Argentina S.A. s/ inc. de rev. en Antonio Espósito S.A. s/ conc. prev.", LL 2005-E, 46.
- CNCom., Sala D, 29/8/2006, "Droguería Dronor S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación art. 250 CPr.", inédito.
- CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Constructora Gramuglia Hnos. S.A. s/ quiebra c/ Sindicato de Empleados Jaboneros s/ ordinario", eDial AA4D2C.
- CNCom., Sala D, 9/9/2008, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo", LL 2009-A, 357.
- CNCom., Sala D, 31/3/2009, "Sociedad Comercial del Plata S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de medidas cautelares", inédito.

- CNCom., Sala E, 15/8/1986, "Lahusen y Cía. S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de res. por Banco Sudameris", inédito.
- CNCom., Sala E, 14/6/1990, "Flor de Lis S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de elevación a la Excma. Cámara Comercial", inédito.
- CNCom., Sala E, 4/4/1997, "Foxman Fuegoína S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de restitución de fondos", ED 173:445.
- CNCom., Sala E, 9/3/2000, "La Ganga S.A. s/ concurso preventivo", inédito.
- CNCom., Sala E, 8/5/2006, "Kayders S.A. s/ concurso preventivo", LL 2006-F, 483.
- CNCom., Sala E, 9/4/2007, "Mandataria del Plata S.A. c/ Figueras Bielsa, Manuel y otros", La Ley online, AR/JUR/7500/2007.
- CNCom., Sala E, 17/8/2007, "Casiraghi Hnos. S.A. s/ concurso preventivo (incidente de restitución de valores)", inédito.
- CNCom., Sala E, 2/10/2007, "Banco General de Negocios S.A. s/ quiebra s/ incidente de restitución de fondos por Lanape S.A.", MJJ20172.
- CNCom., Sala F, 16/3/2010, "Bendow Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de apelación (art. 250 CPCC)", expediente 66.795/09, inédito.

### Juzgados de Primera Instancia

- Juzgado Federal de 1° Instancia, Capital Federal, 6/10/1972, "Farmatex S.A. c/ Ferrocarril Gral. Belgrano", JA 1972-18, 4970.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 9, Secretaría Nro. 18, 10/2/2006, "Trenes de Buenos Aires S.A. s/ concurso preventivo", inédito.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 16, Secretaría Nro. 31, 2/9/2009, "Vision Express Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de medidas cautelares (cesión de cobranzas de cupones de tarjetas)", inédito.
- Juzgado en lo Civil y Comercial de la 6° Nom. de Santa Fe, 3/8/1981, "Incidente de impugnación del informe individual del Síndico con respecto al crédito de Banco de Galicia y Buenos Aires promovido por el acreedor en el juicio "TECSA S.A. s/ concurso comercial preventivo", Expediente N° 805, año 1981, inédito.
- Primer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Mendoza, 18/2/2002, "AMSA y Fideicomiso Mendoza en J° 36.025 p/ conc. prev. p/ cuestiones conexas", inédito.
- Juzgado de Primera Instancia de Quiebras, Concursos y Sociedades de la 2° Nominación de Salta, 9/8/2002, "Dinar Líneas Aéreas S.A. s/ concurso preventivo", LL 2003-D, 19.

### Tribunales del exterior

Juzgado Mercantil Número 1 de las Palmas, 15/9/2005, "Incidente Concursal número 54/2005, surgido en el Procedimiento de Concurso de Acreedores número 6/2004", inédito.

## CHEVRON: UN FALLO POLÍTICO DE LA CORTE SUPREMA QUE RETRASA 35 AÑOS LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL INTERAMERICANA (CON UNA LOABLE DISIDENCIA)

Por Roberto Martín Paiva

Comentario al fallo CSJN, 04/06/2013, "Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias"; Dictamen PGN SC A.253, L. XLIX, CNCiv, Tribunal de Feria, 29/01/13, causa 91814/12; JNCiv 61 14/12/12, causa 91814/12.

*"(...) No hay nada más cómodo (...) que declarar de orden público a toda ley en la que esté especialmente interesado el gobierno, o alguna fuerza política o facciosa. (...) casi siempre ello es mera expresión de fuerza, con la que se quiere encubrir la falta de acierto en las medidas de gobierno, esa total ausencia de previsión y sentido práctico, y sin los principios de derecho (...)"*

### I. INTRODUCCIÓN

1.1.- El 4 de junio de 2013 la CSJN decidió negar la traba de una cautelar internacional ordenada por la justicia ecuatoriana. Echó mano del recurso al Orden Público Internacional (OPI). Sostuvo que una cautelar dictada

<sup>1</sup> Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Ed. De palma, 1954, págs. 13 y 16.